OS FUNDAMENTOS ACTUAES DO DIREITO CONSTITUCIONAL

OBRAS DO AUTOR:

SOCIOLOGICAS

1. *Introducção á Sociologia Geral* (1º premio da Academia).
2. *Introducção á Politica Scientifica*.
3. *Methodo de Analyse Sociopsychologica* (esgotada).

JURIDICAS

4. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, 2 vols.
5. *Os Fundamentos actuaes do Direito Constitucional*.
6. *Historia e Pratica do Habeas-Corpus* (esgotada).
7. *Direito de Familia* (esgotada).
8. *Dos Titulos ao Portador*, 2ª edição, 2 vols.
9. *Da Promessa de Recompensa*.
10. *Das Obrigações por Actos Illicitos*, 2 vols.
11. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* (historia, lacunas e incorrecções do Codigo Civil Brasileiro).
12. *Historia e Pratica do Arresto*.
13. *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Band III: *Brasilien* (*Einleitung* von Dr. Pontes de Miranda), unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Gericke, herausgegeben von Dr. Karl Heinsheimer.
14. *Rechtsgefühl und Begriff des Rechts*, Berlin, 1922 (separata).
15. *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*.
16. *Begriff des Wertes und soziale Anpassung*.
17. *Brasilien*, em *Rechtsvergleichendes Handwoerterbuch*, do Prof. Dr. Schlegelberger, em collaboração.
18. *Tratado dos Testamentos*.
19. *A' Margem do Direito*.
20. *A Moral do Futuro*.

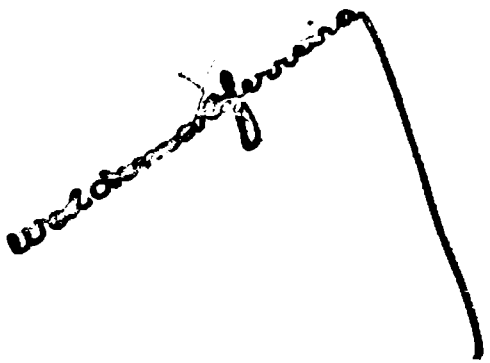
LITERARIAS

21. *A Sabedoria dos Instinctos* (1º Premio da Academia), 2ª edição.
22. *A Sabedoria da Intelligencia* (esgotada).
23. *O Sabio e o Artista*, edição de luxo.
24. *Penetração*, poemas, edição de luxo, 1930 (esgotada).
25. *Inscripções da Estela Interior*, poemas, edição de luxo, 1930 (esgotada).

— COLLECÇÃO DE CULTURA SOCIAL, VOL. I —

PONTES DE MIRANDA

OS FUNDAMENTOS ACTUAES DO DIREITO CONSTITUCIONAL



22. VI. 932.

1932

Empresa de Publicações Technicas
(Distribuidores: FREITAS BASTOS & C.)
Rua Bethencourt da Silva, 13, 17 e 19 Rua 13 de Maio, 74 e 76

RIO DE JANEIRO

Para quem medita o problema do Estado contemporaneo, as difficuldades começam pela terminologia recente e um tanto original. A rapidez com que se desencadeiaram as correntes revolucionarias, de 1918 em deante, na Europa e, agora, na America, não deu tempo a que as massas e os proprios intellectuaes se pusessem ao par da nova technica e do recemformado vocabulario de Politica e de Direito publico. Transformou-se a propria Theoria geral do Estado. Transformou-se, no fundo e na forma, o Direito constitucional. O proprio Direito privado soltou de si institutos que passaram ao Direito publico, tornado o invasor de todos os dominios juridicos. Por outro lado, ainda não estão bem caracterizados os novos typos, alguma coisa se vislumbra que é o presente e já annuncia o futuro. Só aguda visão sociologica e technica a póde distinguir nos esforços dos novos Estados para exprimir o que querem e descobrir os moldes inéditos em que os seus destinos se hão de plasmar.

Em meio de tantas constituições posteriores á guerra mundial e das praticas constitucionaes de tantos povos, revelar os traços fundamentaes do novo Estado constitúe ingente empresa; e quem quer que para isto concorra, usando, na exposição, de recursos technicos de uma vida (que tantos são precisos), presta, ainda

que muito não consiga, serviço de altissimo valor. De tal esforço, dentro do pouco que podemos, participamos nós, com este livro, tentando aproveitar, no estudo dos factos de hoje, vinte e tantos annos de meditação dos problemas fundamentaes do Direito, da Sociologia e da Politica juridica.

As infraestructuras — economicas, moraes, intellectuaes — criam ao Estado contemporaneo esqueleto solido. O Estado deixou de ser (ou tende a deixar de ser), a forma politico-juridica *vazia de substancia. Ao mesmo tempo que procura alcançar unidade de fim, unidade concreta, portanto relativa,* substancializa-se *a Politica, integra em si outros processos sociaes de adaptação, principalmente a Economia, e ruma univocamente, — como lhe aconselha formidavel critica, assoberbada no fim do Seculo XIX e começo do Seculo XX, feita ao Estado sem sentido e sem direcção, ao Estado abstencionista e de fins mudaveis.*

O desenvolvimento de taes theses justificaria, de si só, um livro. Este, que ora damos ao publico, contém um pouco mais.

Que elle seja util, no seu tanto, aos que querem ver claro nas inevitaveis transformações do nosso tempo.

TABUA DAS MATERIAS

PARTE I

A SUPERFICIE INTERNACIONAL DO ESTADO

CAPITULO I. *O dado real do Estado.*
1. Sociedade e Estado.
2. Evolução e integração.
3. Constituição e Direito constitucional.

CAPITULO II. *Direito Internacional commum e Constituição.*
1. Primado do Direito interno ou do Direito internacional?
2. O problema do primado, no Direito constitucional.
3. Conclusões.

CAPITULO III. *Os tratados e o Direito constitucional.*
1. Ratificação dos tratados.
2. O art. 18 do Pacto da Sociedade da Nações.
3. Os exemplos contemporaneos.
4. Declaração de guerra.
5. Execução das regras internacionaes.

PARTE II

A SUPERFICIE NACIONAL OU INTERNA DO ESTADO

CAPITULO I. *Poder estatal.*.
1. O fóco do poder estatal.
2. Theocracias.
3. Democracia.

CAPITULO II. *O Estado contemporaneo e o Direito.*
1. O Direito como processo social.
2. O Estado soviético.
3. O Estado fascista.
4. O Estado sociodemoliberal.
5. Visão de conjunto.

CAPITULO III. *Estado e rigidez das Constituições.*
1. Opposição á hierarchia das leis e da Constituição.
2. Defensores das constituições rigidas.
3. Posição do problema.
4. Judicial control.
5. A solução austriaca.

PARTE III

AS INFRAESTRUCTURAS POLITICAS

CAPITULO I. *Conceito de Estado e gradação do Estado federal.*
1. Conceito de Estado.
2. Estados e Uniões.
3. Conceito de Estado federal.
4. Estado unitario e Estado federal.
5. O problema de sciencia e de arte politica.

CAPITULO II. *Competencias das collectividades-membros.*
1. Estado federal e collectividades-membros.
2. Escala federativa.
3. Pontos technicos e criterios distinctivos.

CAPITULO III. *As organizações communaes.*
1. As communas nas constituições recentes.
2. O conceito de communas no Estado hodierno.
3. As organizações municipaes no Brasil.

PARTE IV

O DUALISMO "SOCIEDADE-ESTADO" E OS FINS DO ESTADO

CAPITULO I. *Evolução para o Estado integral.*
1. O Estado mutilado.
2. Visão geral das soluções recentes.
3. Tendencia ao Estado integral.

Capitulo II. *Tendencia ao Estado univoco.*
1. O problema technico.
2. Estados unipartidarios.
3. Estado pluripartidario.

Capitulo III. *O Estado e a reestructuração social.*
1. As concepções de estructuração social.
2. As forças economicas.
3. As forças religiosas.
4. As forças moraes e culturaes.
5. Conclusão.

PARTE V

OS PROCESSOS INTEGRATIVOS DO ESTADO

Capitulo I. *O encontro: Socialismo (e Syndicalismo) versus Estado demoliberal.*
1. Os processos integrativos.
2. Os Estados unipartidarios e a liberdade.
3. O Estado sociodemoliberal.
4. As transformações da democracia.
5. Conclusões.

Capitulo II. *Orgãos do Estado e distribuição das funcções.*
1. Visão do Mundo actual.
2. Distribuição, sem principio da separação dos poderes.
3. O Poder executivo.
4. Funcções legislativas.
5. Conclusão.

Capitulo III. *Conclusões.*
1. Democracia, liberdade, socialização.
2. Reestructuração social.
3. Soluções do quarto decennio do Seculo.

Capitulo IV. *Technica da liberdade e dos outros direitos fundamentaes.*
1. O dado e a technica da liberdade.
2. Os direitos fundamentaes.
3. Conclusão.

CAPITULO V. *Technica da Justiça.*

1. Independencia dos juizes e subordinação á lei.
2. Apreciação da constitucionalidade dos actos dos outros orgãos.
3. Questões de technica constitucional.

CAPITULO VI. *Conclusões.*

1. Estructura do Estado.
2. As estructuras intraestataes.
3. Technica do Estado integral.
4. Technica da Legislação.
5. Technica do Estado univoco.

PARTE I

A superficie internacional do *Estado*

CAPITULO I

O DADO REAL DO ESTADO

Que é o Estado? Que valem as Constituições? Quaes são os destinos do Estado de hoje? A taes perguntas responde este livro, inspirado nos factos dos nossos dias, nas tendencias do Mundo que aí está, de um Mundo em transição, cheio de instituições, que não devem morrer, de instituições moribundas, que lhe embaraçam o funccionamento, e de brotos recentes, que hão de vingar, para que agasalhem, sob as suas copas, os tempos proximos e o Homem que vém. Seria destoante da attitude especifica do scientista julgar o Estado contemporaneo e as correntes renovadoras com o sentimento. Temos de analysar e concluir, isentamente, deante dos phenomenos. Dai a livre disponibilidade de espirito, de que se precisa.

1. *Sociedade e Estado*

Ao termos de desenvolver os estudos, que nos propusemos, suppomos assentes as noções de Sociedade, de Estado e de Direito constitucional.

A noção de Sociedade não é *juridica*. Só a Sociologia a póde dar. A de Estado é *juridica;* mais estrictamente: de *direito internacional*, como havemos de ver.

A noção de Direito constitucional só se extráe mediante comparação dos seus phenomenos e das suas normas com os phenomenos dos outros dominios juridicos. Precede-a, envolvendo-a, a de direito interno, direito do Estado, direito que regra *dentro do Estado* e até onde o Estado póde *obrigar*. O direito constitucional é parte delle.

Muito se fala, hoje, do dualismo Sociedade e Estado. Sempre se falou, pôsto que sem a acuidade dos nossos dias. E' que o dualismo, como os velhos males, que antes não causavam dôr, começa a ser sentido. Mais vista, por isto, a dialectica.

Se bem que o Estado seja unidade social, entre elle e a Sociedade processa-se certa discrepancia, pela insufficiencia do Estado no conhecimento dos seus fins e nos meios para alcançá-los. Na propria expansão delles dá-se, por vezes, divergencia: o Estado abrange mais do que o "social" ou o "social" mais do que o Estado. A regra, porém, é coincidirem; pela expansibilidade natural de um e de outro.

Por vezes temos substituido á expressão "sociedade" a outra, mais comprehensiva, de circulos sociaes. A sociedade é o circulo social permanente. A permanencia resulta da sua relativa sufficiencia, dos processos necessarios á vida em commum dos homens. Quem diz sociedade, diz dominação, algo que impõe unidade a grupos parciaes heterogêneos ou homogêneos[1]. O Estado é um dos methodos da vida e da evolução social. Como tal, elle possúe, dentro da sociedade, os seus processos especificos de expansão e de integração social. Além desses, tem ao seu alcance os processos sociaes não-esta-

1. H. FREYER, *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft*, Berlin, 1930, p. 239.

taes (geraes, poderiamos dizer), deante dos quaes a attitude do Estado muda, como veremos, através dos tempos e em determinadas circumstancias. Cogitemos da phenomenologia da expansão e da integração social. Os outros capitulos progressivamente nos informarão dos processos do Estado.

A Historia, a Ethnologia e, até certo ponto, a Prehistoria mostram-nos que as organizações humanas surgem e se succedem no sentido de circulos cada vez mais largos e de cada vez maior integração dos grupos sociaes. Ethnologos falam em lei de agglutinação crescente; moralistas, de expansão e desenvolvimento da solidariedade; sociologos, interessados com o phenomeno politico, de crescimento dos imperialismos e da absorpção estatal; economistas, de progressiva interpenetração dos interesses e consequente federalismo economico; anthropogeographos, de lei dos espaços crescentes; e até theologos e sociologos das religiões, em expansibilidade agglutinante das crenças. São, evidentemente, visões parciaes, enunciados insufficientes. Em todos os processos sociaes (que nós podemos representar como dimensões dos corpos collectivos), observa-se a mesma tendencia. Por outro lado, se a lei é verificavel nos phenomenos dynamicos, caracteristicos daquelles processos (economico, politico, gnoseologico, artistico, moral e religioso), não o é menos no dominio, hoje tão rico e tão seguro, da morphologia social. Por isto, cedo nos preoccupou a pesquisa de uma formula, ligada a noções fundamentaes precisas, que pudesse enunciar a lei, não como de Ethnologia, não como de Moral, não como de Politica, não como de Economia, não como de Anthropogeographia, nem como de Sociologia religiosa, e sim como um dos principios geraes da Sociologia.

Os avanços e os recúos evolutivos particulares são exprimiveis pela adaptação social, maior, ou menor,

que elles traduzem. Formado de relações sociaes, podemos conceber o espaço social como de tantas dimensões quanto são os processos especificos, principaes, de adaptação. Tal noção é verificavel pela observação, e já mostrámos alhures que tambem o é pela experimentação. Contra quaesquer outras, ficariam de pé argumentos como os seguintes: a despeito da diminuição do territorio e da população, ha exemplos de povos que progridem; se bem que augmentem territorio e população, ha tribus, cidades e Estados, que regridem; territorio e população não bastam para medir o valor dos corpos sociaes.

Precedida de uma theoria dos circulos sociaes, que expusemos noutros livros[1], a lei é formulavel nos seguintes termos: no sentido da evolução social, quer no tempo, quer no espaço-tempo, os corpos sociaes tendem a *dilatar-se* e a *integrar-se*.

Dentro das sociedades processam-se a Economia, a Religião, a Moral, a Arte, a Politica, o Direito, a Sciencia. São, vistos pela Sociologia, os *processos sociaes*.

Aos processos sociaes chamaremos *sectores*, quando os tivermos de considerar como zonas occupadas ou não occupadas pelo Estado, qualquer que seja a intensidade de tal abrangencia estato-social; *dimensões*, quando os tivermos de conceituar no *continuum* social; e simplesmente processos *adaptativos*, quando os observarmos ou referirmos nas suas respectivas funcções sociaes.

Hoje, as sociedades humanas abrangem toda a terra, porque a actividade e a actuação dellas se exten-

---

1. Pontes de Miranda, *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, ps. 9 s., 30 s.; — *Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, ps. 128 s., 153; — *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 204 s.

dem a todo o globo. Actividade e actuação de ordem politica, economica, juridica, religiosa. Social, emfim. Entre ellas reparte-se o mundo e processa-se entre ellas, dentro dellas, a historia, em lutas, solidariedades, alargamentos e integrações. A codependencia estatal distribue em Estados as sociedades humanas; a codependencia ethnica, idiomatica, cultural, em nações. As duas codependencias quasi sempre coincidem; porém não sempre. A identidade de religião, de arte, ou economia póde reforçar ainda mais o vinculo nacional.

A maior extensão das sociedades importa em maior extensão dos processos e facilita a dilatação dos Estados. Mas, por vezes, o Estado *facit saltum*: antes da expansão social dá-se a do Estado.

Methodo social, o Estado póde acabar? Ala revolucionaria, extremista, quer o Não-Estado. Tudo faz crer em que a dialectica se resolverá em *transformação*, em vez de *extincção*.

Nas theorias, o Estado apparece, a uns como organismo natural (divergencias surgem quanto a ser *organismo total* ou só *orgão*), a outros manifestação da energia latente da massa popular, como vontade commum (theoria energetica de MENZEL), ou como objecto de direito (doutrina monarchica, de que ainda se fez adepto MAX VON SEYDEL), ou simples nexo entre povo e soberano (BORNHAK), ou relação entre Estado e povo (assim, define-se um termo pela relação em que figura), ou como pessôa juridica (o que não o define, por haver pessôas juridicas que não são Estados). Muitos o quiseram caracterizar como a fonte da lei, do direito. Ora, não é a elaboração de normas que o caracteriza: todos os circulos sociaes têm as suas. Nem o caracteriza a "originalidade" de tal poder normativo: se é certo que as associações intraestataes, ou extraestataes, não pódem organizar-se e exercer o poder normativo se o Estado o

veda, tambem o Estado não se organiza e não exerce o poder normativo nos pontos em que lho prohibe a communidade internacional. O encadeiamento das ordens juridicas é evidente. Não é o territorio, nem a população, tão pouco, que o póde caracterizar. Defini-lo, por isto mesmo, é assaz difficil.

Entre o Estado e a Sociedade, a relação é de parte, de conteúdo para continente. A Sociedade envolve e move os homens; os homens movem, se bem que envolvidos, o Estado. A sociedade *vive*, o Estado é mais accentuadamente *finalista*. Ainda que os seus fins mudem, ou tenha, ao mesmo tempo, fins diversos, o Estado é *communidade teleologica*, que *promove* a satisfação dos interesses collectivos *totaes* ou *parciaes*. Já nessa possibilidade de proteger interesses totaes e parciaes, percebe-se a grande variedade de fins do Estado. A tendencia scientifica (indicativos) e volitiva (imperativos), observada até os nossos dias e, com muita probabilidade, em todo o futuro, é para prover aos interesses collectivos *totaes*.

Os fins relativos variam. A Republica brasileira de 1891 adoptava a formula positivista de "ordem e progresso", se bem que a Constituição fosse concebida nos moldes *demoliberalistas*. A Republica alemã de hoje faz-se instrumento de unidade do povo alemão e de missão supranacional, que é o socialismo de Estado, conciliado com as correntes liberaes e nacionalistas, que modificou. As constituições contemporaneas procuram caracterizar, de modo vivo, os fins do Estado, os seus ideaes, "o que o Estado mais deve fazer". São programmas duradouros, que não pódem ficar no terreno vago das liberdades formaes. Os fins genericos, absolutos, do Estado, são enunciaveis axiomaticamente; não assim, os relativos, os da *vida processiva* de cada Constituição. Estes, se fôrem ditos sem precisão e cla-

reza, serão formas vazias, em que cada partido porá o que bem entender. Exactamente, os *fins* do Estado têm de ser precisos, de modo que os partidos não possam modificá-los: devem ser zonas coloridas, que deixem o *branco* aos partidos, para que aí *lutem elles*. Teremos ensejo de ver que o Estado contemporaneo apresenta, a respeito, maior exigencia. Reclama certa univocidade. E' consequencia de maiores exigencias de ordem *integrativa* e *expansiva*.

Os instrumentos principaes do Estado são o *acto politico* e a *lei*. Porque o Estado faz a lei? E' o problema do fundamento do Direito, mais restrictamente — da criação das leis. Tal problema duas vezes apparece: no direito internacional e no direito constitucional. Isto não dá ganho de causa á theoria dualista do direito, que scinde as duas ordens juridicas. O direito internacional reserva um *branco* á competencia dos Estados (assumpto que adeante será desenvolvido) e, dentro das cercas, isto é, dentro da *concavidade* deixada pelo direito internacional, novamente se inquire da norma originaria. Existe tal norma, que WALTER JELLINEK apontou[1] em 1913, como "o mais alto preceito de todas as ordens juridicas"? Sabemos o exito extraordinario que teve, nos nove annos seguintes, a concepção de WALTER JELLINEK. Pense-se nos trabalhos de KELSEN[2], de MERKL[3] e de tantos outros. A pergunta não cessou de ser feita. No caso de revolução, a conti-

1. WALTER JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913 p. 26 s.; — *Verwaltungsrecht*, 2.Aufl., Berlin, 1929, p. 112.

2. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, p. 28.

3. ADOLF MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig u. Wien, 1923, p. 209 s.

nuidade da ordem juridica affirma a "hypothese da Constituição"? SANDER vê em tal conceito de hypothese da Constituição "analogo methodico" do conceito scientifico de "substancia", abreviatura de methodo á lei de auto-legislação juridica (Gesetz der rechtlichen Eigengesetzlichkeit), continuidade do processo juridico immanente[1]. Tal hypothese, segundo elle, não se precisa em *preceito*. Não páram aí as discordancias e as criticas.

O preceito supremo de WALTER JELLINEK terá a só significação de uma *ultima causa*, simples declaração formal subjectiva? Será algo de construido para pôr uma ponte entre o Individuo e a Norma, o Direito e a Força, "subrogado logico" para ficar no lugar do acto de legislar[2], um "nada logico"? Será resultado de exigencia racionalista extrema, ou um julgamento[3], em vez de postulado? Será a consequencia de um ultrapositivismo[4], sem applicação ao direito positivo? Será pura[5] ficção? Será tal norma originaria, terminativa, ou de autorização[6], susceptivel de fundar-se em leis sociaes

---

1. FRITZ SANDER, *Faktum der Revolution*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. I (1919), p. 164.

2. H. HELLER, *Souveränität*, Berlin u. Leipzig, 1927, p. 55, nota 3.

3. KARL WOLFF, *Grundlehre des Sollens, zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis*, Insbruch, 1924, p. 193.

4. FREIHERR MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, *Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze*, Stuttgart, 1927, pag. 89 s.

5. HERMANN ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929, p. 227.

6. H. JAHRREISS, *Berechenbarkeit und Recht*, Leipzig, 1927, ps. 22, 27, 45 (Ausgangsnorm), 39 (Ursprungsnorm), 68, 69, 90 (Autorisationsnormen).

empiricas? Será apenas nova expressão[1] para o Estado metajuridico? Se é só isso, trata-se de categoria transcendente. Existirão muitas construcções juridicas e, pois, muitas[2] normas originarias? Tratar-se-á de extrapolação? Será a norma originaria o resultado de logica emanatistica[3], o correspondente dos axiomas geometricos?

A exigencia de regra originaria, de que todo o direito positivo dimane, corresponde ao desejo de base logica. Os partidarios scindem-se em grupos: de um lado, os que vêem, em tal norma, uma regra hypothetica (KELSEN á frente); do outro, os que crêem tratar-se de norma objectiva, que é a regra *pacta sunt servanda*. E' interessante notar que, uma vez adoptada, o espirito não se satisfaz com a expressão *formal*, e vemos a VERDROSS admittir que se dêem ulteriores rectificações á regra. Ora, isto desloca o problema: pediu-se o fundamento material e respondeu-se com o *formal*. A regra *pacta sunt servanda* passa a ser solução provisoria, que assenta em elemento psychologico susceptivel de melhores explorações. Neste caminho, o conhecimento, em seu curso, marcará degráus, com repousos,

---

1. FRITZ SANDER, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung?*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. II (1921), p. 615.

2. WALTER HENRICH, *Theorie des Staatsgebietes, entwickelt aus der Lehre von den lokalen Kompetenzen der Staatsperson*, Wien u. Leipzig, 1922, ps. 122, 139: A. MERKL, *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen Weltbildes*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. V (1926), p. 497 s.

3. G.A.WALZ, *Die Ursprungsnorm im System des Staats- und Völkerrechts*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 19 (1930), p. 41.

talvez satisfatorios — para os contemporaneos do investigador — porém, de qualquer modo, temporarios.

A doutrina da norma fundamental *pacta sunt servanda* suppõe a unidade da ordem juridica e admitte o tessido logico dos systemas juridicos, umas normas reenviando ás outras, em dependencia reciproca. VERDROSS allude á delegação, normas mandantes e mandatarias, delegantes e delegadas, mas todas fundadas numa regra de que todo o direito recebe a validade, regra que é fóco normativo de todas as outras. A critica transcendente póde exprobrar-lhe que a regra *pacta sunt servanda* é derivada: o pacto vale porque ha lei; as leis não valem porque haja pactos. Dizer que a categoria "contracto" estabelece todos os elementos distinctivos essenciaes ao conteúdo do contracto (pessôa, declaração de vontade, aceitação) e, portanto, as condições essenciaes da conclusão do contracto[1], equivale a attribuir á vontade uma dupla e simultanea funcção: dar a lei e dar o acto juridico. Ora, mais coherente, a este proposito, é a doutrina da autolimitação. Por outro lado, que regra *pacta sunt servanda* é esta, a que se refere VERDROSS? Norma que elle enche de conteúdo seu, da sua escollha, ou regra como a temos no direito das gentes? Se aquella, porque deverá ser o conteúdo que elle dá e não outro? Se esta, que se póde allegar para justificar a adopção de preceito cujo conteúdo, no direito das gentes, não se presta a ser considerado como fundamental? Têm razão HELLER em considerar a invocação da proposição *pacta sunt servanda* como "tau-

1. A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien u.Berlin, 1926, ps. 30, 31.

tologia da objectividade do direito", e CARL SCHMITT como hyposthasiação[1].

No direito constitucional, é de caracter *ethico* e *de força* o momento em que se estabelece a fixação do *poder estatal*, ou pela implantação da ordem nova, ou pela transmissão. E' um *dado*, uma realidade, que o sociologo póde analysar, porém que o jurista não póde meter numa *regra juridica*.

Se definirmos o Estado como degráu na evolução dos methodos de integração social, estará, em parte, definido e, ao mesmo tempo, caracterizado o seu papel de conservação e de coordenação sociaes.

2. *Evolução e integração*

Antes que o complexo de circumstancias, a realidade, se ajuste no molde, que é o conceito de Estado, já surge um dado, perceptivel como proto-Estado, ontogenetica e phylogeneticamente, isto é, na historia de cada Estado e na historia dos Estados. Na historia dos povos e na historia de cada Estado, ha momento em que o "dado" existe, mas ainda não determinou a apparição do Estado. No caso de scissiparidade, o facto é o mesmo: antes do novo Estado, ou da dualidade, os factores da divisão constituem complexo real, proto-estatal. Daí uma das proposições liminares: o Estado surge, evolve, de outros methodos sociaes; em certos periodos historicos, vemos concretizarem-se as circumstancias sociaes que o vão caracterizar. E' o *dado*. Dir-se-á que, no direito interno, já se torna extraivel o conceito.

---

1. H. HELLER, *Souveränität*, Berlin u. Leipzig, 1927, p. 132; CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, München u. Leipzig, 1928, p. 69.

Mostraremos que não: a duplicidade de superficies do Estado, a *internacional* e a *interna*, obriga a que o conceito seja de direito internacional, se bem que apoiado na realidade, no *dado* real, consistente, analysavel, do Estado. Como o direito internacional consegue apanhar este *dado* é assumpto seu.

Internamente, o Estado realiza-se nos seus sentidos. O sentido ou sentidos do Estado são a sua substancia mesma, e não só o seu *fim*. A degeneração ou rarefação dos sentidos do Estado é marcha para o seu anniquilamento, para o seu suicidio. Adeantemos que constitue um dos males do presente. Estado é *conservação* e *sentido*.

O Estado não tende só a *conservar-se*: ha *evolução* do Estado, evolução que se mede pelo maior rendimento da sua actividade coordenadora e integrativa.

Os Estados, quando abrangem duas ou mais nacionalidades, tentam e perseveram na integração dellas (por exemplo: o provençal funde-se no francês), ainda que inoculadas, aos poucos, pelas populações immigradas. A identidade de religião, de lingua, de arte, facilita a miscibilidade, a fusão.

Além da integração ethico-social, o Estado promove a coordenação dos processos adaptativos. Aqui, varia elle em *extensidade* e *intensidade*: ora é religioso, politico e juridico, ora é politico-economico, ora assume outras feições. A opinião vulgar conceitúa o Estado como só politico. Grave erro. O Estado só politico seria impossivel; não se *fixaria*. A Politica, para alcançar os seus fins, precisa de elemento estabilizador, frenador, que lhe falta. Daí a conversão normal dos seus planos — projectos — em leis. A lei offerece segurança especifica, que lhe basta. Sózinha, a Politica não conseguiria rumar as forças sociaes: seriam insufficientes a sua actuação energica, a sua effectiva imposição. Quem diz

Estado, diz, pelo menos, complexo *politico-juridico.* Aliás, a tentativa de só ser isto (Estado de duas sós dimensões sociaes) é arbitraria; a vida encarrega-se de corrigir a violenta retracção.

O Estado *minimo,* em extensão, seria o Estado politico-juridico, o Estado de duas dimensões sociaes, de dois processos de adaptação. Ainda este não prescinde de meios economicos, de finanças; de modo que, na dimensão economica, o Estado minimo tém sua parte, posto que infima. A historia apresenta-nos varias formas de Estado. Todos os que até hoje se conheceram não apresentam o caracter de Estado *minimo* puro, o Estado só preoccupado com os processos juridico e politico. Seria de difficil vitalidade. O liberalismo conseguiu ensaiar forma aproximada. Só o anarchismo e o syndicalismo ante-estatal imaginaram o extremo de depuração, o Estado inexistente, o nada de Estado, a adimensionalidade. Fóra do Estado liberal, os typos historicos são nitidamente tri- ou multidimensionaes: o Estado religioso, o Estado economicamente intervencionista, o Estado religioso-cultural, ou cultural. Estado *integral* é o que cobre toda a vida social, o Estado que *póde* usar de todos os processos, aproveitar, conscientemente, todas as *forças sociaes,* e pô-las, como meios, a serviço dos seus fins, ou do seu fim. Os nossos tempos, após a sciencia social e a arte politica, aprendida na historia e na vida, cogitam de tal Estado, que não absorve os processos de adaptação social, nem se faz instrumento de alguns desses processos, mas se reserva, *constitucionalmente,* utilizar-se delles.

O presente livro, abrindo deante dos leitores a realidade de ontem e de hoje, mostrará as tendencias do Mundo actual.

3. *Constituição e Direito constitucional*

No sentido positivo, Constituição é acto do poder estatal, do poder constituinte, que tém de ser obedecido, emquanto *continuo* o jacto da ordem juridica. Quando uma Constituição véda a revisão em determinado ponto[1], só *juridicamente o véda.* Fóra da immanencia juridica, quando se passa a terreno juridicamente transcendente[2], torna-se quebravel o preceito. (Exemplo: revolução, armada, ou não; sem que isto signifique considerar-se acto do Estado a revolução[3].) Em quanto não se parte o jacto da ordem juridica, o texto é imperativo. Mas o jacto póde partir-se, quer pela mudança do poder estatal (consistia, por exemplo, na vontade de alguns e passou a consistir na vontade do povo), quer pela mudança radical da opinião do mesmo povo. Em quanto existir a vontade politica daquelle que a fez, a Constituição prevalece, pensa CARL SCHMITT[4]. Não é

---

1. Constituição francesa de 14 de agosto de 1884, art.2: «La forme républicaine du governement ne peut faire l'object d'une proposition de revision». Constituição do Brasil (1891), art. 90, §4°: «Não poderão ser admittidos como objecto de deliberação, no Congresso, projectos tendentes a abolir a forma republicana federativa, ou a igualdade de representação dos Estados no Senado».

2. HANS MOKRE, *Zur Begriff der Verfassung im materiellen und im formellen Sinn,* em *Archiv des öffentlichen Rechts,* Berlin, 1932, vol. 21, p. 234.

3. Outra opinião em HERRNRITT, *Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung, Wiener Staatswissenschaftliche Studien* (hrsg. von BERNATZIK und PHILIPPOVICH, 1901, vol. III, p. 46.

4. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre,* München u.Leipzig, 1928, p. 21.

bem isto. A vontade politica póde ser a mesma, pela identificação da vontade do poder estatal anterior com a do actual, sem ser a daquelle que fez a Constituição. Resquicio de *voluntarismo juridico*[1]. O que é preciso que continúe é o jacto da ordem juridica, que de nenhum modo se identifica com a vontade inicial, que elaborou a lei.

Direito constitucional é o direito immediato do Estado, o direito que dá *vida* e *norma* aos orgãos do Estado, que os *cria* e *disciplina*. Ha outro direito, que é immediato ao Estado, porém não é o do Estado· fica-lhe por cima, engendra e refaz o proprio conceito do Estado, o Direito internacional. Das leis que o Estado faz, algumas alcançam, fóra do territorio, os individuos, ou se applicam a factos que não occorreram no territorio. A *saída* de taes leis, a applicação dellas a factos succedidos alhures, constitue objecto de *direito do Estado*, que é o Direito internacional privado, ou o penal internacional, — direito publico do Estado, porém não immediato, porque, acima delle, entre a superficie *internacional* do Estado e elle, está o Direito constitucional. Quando um Estado diz "a minha lei reja os nacionaes, quanto á capacidade, ainda no estrangeiro", usa de uma competencia legislativa que lhe foi distribuida pela communidade internacional. Se, na Constituição, ha preceito da natureza do seguinte "a capacidade dos nacionaes é regida pela lei do domicilio", prevalece a regra constitucional, por ser o direito immediato do Estado. Interpôsto entre o Direito internacional, que distribúe as competencias legislativas, e o exercicio da funcção do orgão, ou orgãos legiferantes do

1. PONTES DE MIRANDA, *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*, em *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 16, p. 522 s.

Estado, o Direito constitucional é como um vidro através do qual se escôa a competencia recebida, repartindo-se conforme as suas arestas. O exemplo que demos não é da vida real, pois que ainda não se pôs em constituições qual a lei do direito internacional privado de um Estado. Comtudo, nos E. U. da America do Norte, é facil pôr á prova a exactidão da nossa affirmativa quanto á immediatidade do Direito constitucional. Se o Congresso federal americano legislasse sobre a lei pessoal, escolhendo a do domicilio, ou a nacional da pessôa, seria desattendida pelos juizes a legislação que fizesse, porque, acima de tal regra ou de taes regras, estaria a Constituição federal, direito immediato do Estado que são as collectividades membros, e não ao Congresso federal, o legislar sobre tal materia.

Se attendermos a que o direito constitucional tém o poder de alçar até o seu plano normas pertencentes a outros direitos, em equiparação technica de graves consequencias, comprehende-se, á evidencia, a extraordinaria importancia social do Direito constitucional. Accrescente-se a isso pertencer-lhe o traçado que o Estado dá á sua propria acção, e concluiremos que é, após o Direito internacional, o mais alto dominio juridico.

As circumstancias, em que hoje se elabora a constituição de um povo, são assaz differentes das que cercavam o homem do Seculo XIX, como as deste já se distinguiam daquellas, assaz precarias, do Seculo XVIII e anteriores. Em vez da imitação ou da solução empirica, temos, deante de nós, o material novo e cem annos de investigação scientifica. O conhecimento com que se conta é fruto do methodo comparativo do direito e das pesquisas e conclusões sociologicas. Por outro lado ao julgamento sentimental e racionalista substitue a proposição scientifica.

A *sciencia do direito* é sciencia dos direitos positivos, da evolução delles; e não sciencia de *algum* direito positivo. Por isto mesmo, posso dizer que tal artigo de lei é errado: sei que elle não corresponde a nenhuma necessidade pratica do povo, a que se applica; que foi expediente já usado em épocas de melhor conhecimento dos factos e refugado pelo livre exame; ou não constituiu preceito de nenhum povo e que não serve a nenhum sentimento ou convicção de justiça.

A *sciencia politica* e a *arte politica* têm outra missão: mostra a primeira o estado e circumstancias de determinado povo deante das leis sociologicas; a segunda serve ao descobrimento, empirico, ou experimental-inductivo, dos meios technicos mais proprios ao governo e ás relações de ordem estatal no momento ou periodo que elle vive.

Toda constituição contemporanea precisa ser obra meditada, profunda, de sciencia politica e arte politica, de sciencia juridica e de technica juridica.

No Direito e na Politica, como em todas as sciencias, é preciso acompanhar o movimento do espirito humano. Quantas coisas sabiamos que pareciam justas, até que o forte contacto de alma mais subtil, ou mais adequada á visão do pormenor, nos apontou o erro em que nos achavamos? No proprio Direito Romano, quantos pontos que tinhamos por firmes até ha poucos annos — dois annos, tres (talvez menos, porque a investigação romanistica progride sempre) — e vemos, agora, evidentemente rectificadas?

Se isto se passa quanto ao conhecimento de direito que já foi e não é mais, que é como um cadaver que se disseca, que diremos dos problemas actuaes, ao alcance das nossas mãos? Tratar das questões juridicas sem estar ao par das investigações hodiernas é improbidade

intellectual. Verdadeiro crime contra a sua patria e contra o seu tempo.

A cultura humana é ascensão. Ascender um pouco, cada um, para que outros ascendam mais. Só esta solidariedade serve á dignidade e á crescente pujança do Espirito.

A distribuição systematica, hodierna, das *relações* que devem ser objecto das constituições, é a seguinte: *a*) superficie internacional do Estado; *b*) relações entre poderes do Estado, precedidas da relação fundamental, que é a do *acto* de constituir, do *poder estatal; c*) relações entre a União e os Estados componentes; *d*) relações entre o Estado e os individuos.

A technica constitucional é *meio*, e não *fim*. Meio para assegurar os fins do Estado. Certo, seria apêgo a liberalismo já insustentavel dizer, ou pretender que seja, apenas, a technica da liberdade[1]. O direito constitucional tém, hoje, conteúdo maior e mais ampla finalidade; a technica constitucional, problemas bem mais arduos. No proprio passado, se bem que de pequeno sector social o Estado, já a technica da liberdade não lhe esgotava o conteúdo. No presente, a Alemanha, a Italia e a Russia não constituem excepções, e sim desenvolvimento natural da nova concepção do Estado.

A technica constitucional de hoje possúe, deante de si, problemas de cuja importancia falam os seguintes,

---

1. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, p. XI. O autor, analysando os movimentos constitucionaes, affirma ser o direito constitucional a technica da liberdade; com isto mostra que não distingue liberdade e democracia (p. 4). Tambem na Austria, apparece, ás vezes, a mesma confusão, de consequencias logicas lamentaveis: por exemplo, H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 324.

que apenas são os mais visiveis: a technica da *democracia*, a technica da liberdade, a technica da *representação do trabalho* e da sua "libertação" (democracia *economica*), a technica da *estructura politica* (descentralização, federalismo), a technica da *guarda da Constituição*, a technica da *distributividade dos bens materiaes* e a technica da *independencia da justiça*. Juntem-se a esses os problemas de integração social e da univocidade dos planos.

Por outro lado, vivemos em tempo que exige a segurança nos *resultados*, a confiança na *efficiencia* e no *rendimento* das proprias leis.

A Constituição de hoje não póde ser abstracta, vaga, simples formalismo asubstancial. Tém de ser viva, palpavel, normativa, assim para interesses como para legislações, que dentro della devam de viver.

CAPITULO II

DIREITO INTERNACIONAL COMMUM E CONSTITUIÇÃO

As Constituições do Seculo XX já encontram o Direito internacional em gráu assaz alto de respeito, de prestigio e de efficiencia. Os Estados, ao fazê-las, vêem deante de si novo problema technico, que é o de saber como se referirem, nos textos constitucionaes, ao Direito das gentes. Suscita-se o problema do primado de um dos dois direitos. Cabe áquelle? Cabe a este? Cabe ora a um, ora a outro?

1. *Primado do Direito interno ou do Direito internacional?*

O primado do direito estatal ganhou quasi toda a doutrina do Seculo XIX, pelo influxo de SPINOZA e de HEGEL. Na philosophia hegeliana, ha tres formas das coisas: a these, a antithese e a synthese. Individuo humano é these; sociedade civil, antithese; Estado, synthese: nelle unificam-se e conciliam-se as duas contradictorias. Negação reciproca; affirmativa synthetizante: o Estado. A fusão mostra que a realidade da idéa moral não está no individuo, nem na sociedade civil; está

no Estado, que é a synthese: "der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee". Donde o direito supremo do Estado, que realiza a idéa moral e a liberdade do individuo. No direito, as maiores expressões da theoria hegeliana devem-se a VON JHERING e a JELLINEK. O Estado cria o direito e só elle o cria. Na politica, MARX, LENINE.

O processo *ideologico* é um dos aspectos pelos quaes deve ser estudada a realidade social, e não o unico. Por isto, diziamos[1] em 1922: se, por um lado, rejeitamos, como scientistas, a pura dialectica de HEGEL, por outro fazemos justiça ao ponto de mira em que se collocou o novi-hegelianismo, principalmente KOHLER[2] — isto é, a evolução, não em curva rectilinea, mas como que cortada e perturbada a cada momento, de maneira que só o conjunto póde satisfazer a razão. Assim se conciliaria a idéa racional com a realidade.

Os dois juristas não podiam ir até as ultimas consequencias da divinização hegeliana do Estado. Afim de evitar a contradicção (porque logico seria ir até lá), apegaram-se ao subterfugio de analysar a actividade legiferante do Estado, não em si mesma, em seu surto e em seu influxo arbitrario, e sim no seu producto, que é a lei, producto em que elles viram a subordinação do poder estatal, determinada pelo proprio Estado. A lei, criada pelo estatal, liga o proprio Estado. Orgãos delle a fazem, orgãos delle se adstringem a observá-la e a im-

---

1. PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 276.

2. JOSEF KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, na *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7. Aufl., München, Leipzig u. Berlin, 1915, vol. I, ps. 12-14; — *Moderne Rechtsprobleme*, Leipzig, 1907, 1907, ps. 7-11; — *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin u. Leipzig, 1909, ps. 14-15 e 17.

pô-la. Foi aquillo a que se chamou a auto-limitação. Percebendo a verêda de contradicção, JELLINEK insinuou que, ao exigir dos seus orgãos conformarem-se, em sua actividade, ao direito, o Estado não procede em virtude de querer arbitrario, porque é a propria realização do seu dever. Esta noção de dever nada resolve. Porque esse é o dever do Estado? Se elle é a fonte unica do direito, fonte primaria e exclusiva, de onde lhe ha de vir esse dever de se conformar e de subordinar os seus orgãos á lei que elle mesmo cria? Antes, já VON JHERING recorrera ao simile individual: assim como o individuo, no seu interesse pessoal, por egoismo, se faz senhor de si, assim o Estado, no seu propro interesse, e da sua actividade, se submete ao direito que elle cria. Com tal determinação, um e outro prosperam. Se aprofundarmos a analogia, veremos que a theoria péca pela base: querendo salvar-se com o subterfugio, arrisca-se á negação palmar de si mesma. O dominio, a conformação, a que o interesse pessoal leva os individuos, não é causada sómente por elle: a existencia dos outros individuos suggeriu a solução adoptada pelo interesse pessoal. Aquelle dominio e aquella conformação são funcções das circumstancias exteriores e do egoismo individual. Se o mesmo se passa com relação ao Estado, então teremos de corrigir o que constitúe o ponto de partida da theoria, o seu supporte hegeliano, a affirmativa de que a vontade do Estado é a fonte primaria do direito.

Em torno da theoria ha elementos que não fazem parte della, porém que se apresentam em concepção ajustada á architectura dos seus argumentos. Um delles é o seguinte: o respeito do direito pelo Estado depende, na essencia e no tempo, da vontade do Estado, na apreciação do seu interesse. A tal conclusão chegaram, principalmente VON JHERING, pela considera-

ção de que o direito não é *fim em si*, porém *meio* para attingir um fim. O fim do Estado, aliás do proprio direito, é a salvaguarda e a conservação vitaes da sociedade. Existe direito porque existe sociedade e não sociedade porque existe direito. No dilemma de sacrificar o direito ou de sacrificar a sociedade, deve o Estado sacrificar o direito. Mistura de verdades e de conclusões de todo inaceitaveis. Certo, só existe direito porque existe sociedade. Certo, o fim do Estado, como do direito, é o bem social, no sentido de conservação e melhoria do corpo social. Isto não quer dizer que Estado e direito não estejam subordinados a transformações necessarias á consecução de tal fim, nem, tão pouco, que o Estado consiga não sacrificar a sociedade, modificando o direito, por sua simples vontade: meios ambos, um de regramento social e outro de revelação deste regramento, têm de desenvolver-se e transformar-se, não arbitrariamente, e sim no sentido de realizar o bem social com o minimo de sacrificio dos individuos e da sociedade como conjunto. O Estado não é um criador arbitrario do direito; é apenas um meio, perfectivel, não exclusivo, de revelação das normas juridicas.

A theoria da auto-limitação teve de encarar o problema de relação entre o Estado e o direito internacional. Sustentára que o direito é criação do Estado e que este, fazendo-o, por elle, até certo ponto, se obriga, sem que isto exclúa a asserção fundamental da supremacia do Estado. Referia-se ao direito interno. Quanto ao direito internacional, os dois juristas não vacillaram em extender até lá todas as proposições relativas ao Estado e ao direito interno. Como todos os ramos do direito, o internacinal existe para os Estados, e não os Estados para o direito internacional. (Phrase erronea, porque o direito internacional e os proprios orgãos

possiveis de revelação supraestatal de tal direito existem para a communidade internacional, coisa bem differente de existirem para os Estados: existem Estados, considerados no plano interestatal ou nas relações entre Estados e individuos, existe direito internacional, Sociedade das Nações, e existirão, no futuro, correspondentes supraestataes dos Estados, porque existe sociedade por sobre os Estados.) Segundo VON JHERING, quando o direito internacional compromete, ou póde comprometer, a existencia do Estado, deve pôr-se de lado a norma juridica, pois o Estado é, acima de tudo, direito. Nova confusão. Quando o direito existente compromete ou começa a comprometer a existencia do Estado, surge a alternativa de transformar-se o direito, para que o Estado, incolume, prosiga, ou de transformar-se o Estado, para que o direito, indispensavel ou necessario á vida e á evolução social, possa permanecer. Poderá dar-se que a conservação integral de ambos seja prejudicial á prosperidade do homem e á solução profunda dos seus problemas economicos, moraes e intellectuaes; neste caso, ambos têm de transformar-se. Se é regra de direito internacional que compromete ou póde comprometer a existencia do Estado, este não é livre para refugá-la, como não é livre o individuo quando, devido a uma lei de direito interno, está comprometida a sua existencia. O Estado irá contra ella, instinctivamente, como se armam os revoltados e se defendem da prisão os delinquentes. Tratando-se de norma de direito positivo internacional, contraria aos principios fundamentaes do direito, a belleza do gesto ou o triumpho na luta pagará o sacrificio do Estado. Tal qual como se passa entre os individuos que querem novo direito, direito mais *justo*, e o Estado que persevera em manter a ordem juridica *injusta*.

Dizer que o direito internacional só existe em virtude de auto-limitação do Estado e que, como quer JELLINEK, deve ceder deante do interesse superior do Estado, nada adeanta. Qual é o interesse superior? Quem o juiz da superioridade deste interesse? Porque interesse superior do Estado, e não interesse superior da vida collectiva? Para romper a regra, o Estado precisa ser mais forte do que aquelles individuos ou grupos que não querem o rompimento da regra de direito interno, e do que os outros Estados, quando se trate de direito internacional. Mais forte; portanto, uma questão de mecanica, e não de theoria social ou das relações entre o Estado e o direito.

Na Alemanha, WENZEL e NAWIASKY construiram a doutrina do direito nacional externo. No mundo juridico, as normas ficam em degráus, que traduzem as relações de dependencia. Uma delega a inferior e é delegada por outra, que lhe fica acima. Constituição, lei, decreto. Dá-se a hierarchia das normas. O proprio direito internacional é delegação do direito estatal. O artigo das Constituições em que se dá a um orgão do Estado o poder de concluir tratados com os outros Estados é o fundamento da capacidade contractual, da pessôa mesma do Estado. O direito interno, criando a forma de elaboração do direito internacional, delega. Necessariamente, são dois, ou mais, os Estados, donde serem dois, ou mais, os systema juridicos que conferem caracter obrigatorio aos imperativos de direito internacional. Ora, se a lei se define pela vontade do Estado, tém-se de reconhecer que o direito internacional se funda na vontade do Estado. Aqui, é de notar a differença entre o pensamento de WENZEL e o dos theoricos da auto-limitação: ambos affirmam o primado do direito interno; mas, em quanto os hegelianos superpõem o Estado ao direito, WENZEL assenta

que o direito internacional nasce do Estado, para o Estado e vale contra o Estado[1]. Para NAWIASKY, a ordem juridica estatal determina os direitos e deveres, não só para com os subditos, por conseguinte no interior, como tambem para com os outros Estados, por conseguinte no exterior. As differentes ordens juridicas estataes são independentes, — independencia *formal* que de nenhum modo implica a separação material, porquanto, desde que o conteúdo das normas admittidas por um Estado é o mesmo das normas admittidas por outro ou outros, dando-se a identificação das normas, pelo tratado, que as identifica (como o contracto identifica as vontades das partes), coexistem a identidade material e a independencia formal. O direito internacional é apenas uma face, um córte, uma cisura[2], das ordens juridicas dos Estados que participam da communidade internacional.

Tanto a theoria de WENZEL quanto a de NAWIASKY pécam por só terem cogitado do direito internacional convencional. Não pensaram no costume, não pensaram em qualquer fonte de direito que não seja o tratado. Pousando na Constituição de cada um dos Estados, como em frageis esteios de casas lacustres, o sumptuoso edificio do direito das gentes, esquecem-se de que as revoluções pódem ter arrancado estes esteios, ou pelo menos alguns, e será difficil conceber a obrigatoriedade das normas internacionaes quando já não existem as Constituições dos Estados. Se o direito internacional fosse simples direito nacional externo, a

1. MAX WENZEL, *Juristische Grundprobleme*, Berlin, 1920, ps. 402-403.

2. H. NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Staatenbund und Bundesstaat*, em *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. II, p. 574 s.

desapparição das Constituições influira na sua existencia. Se procuramos ver os factos, estes nos dizem que tudo se passa sem qualquer perturbação do edificio. Os alicerces são outros e bem maïs fortes que as estacas da hypothese.

Todos, partidarios da auto-limitação e do direito nacional externo, querem concluir com os sós elementos do presente. A uma pergunta que interessa ao problema fundamental do direito respondem *de dentro* da esphera estreita, temporalmente finita, do seu tempo. Não vêem o passado, nem levam em conta a continua transformação dos phenomenos politicos, economicos e moraes em phenomenos juridicos, e a crescente formação e integração de circulos mais largos, que accentúam, cada vez mais, o primado do direito correspondente aos circulos abrangentes em relação ao direito dos circulos abrangidos.

Já os antigos e os mediévos viam a precedencia do direito internacional: os Estoicos, CICERO, SENECA, SUAREZ, CAJETAN, FRANCISCO DE VICTORIA. Nos outros seculos, PUFENDORF, LEIBNIZ, ZOUCH, BYNKERSKOEK, C. THOMASIUS, CHRISTIANO WOLFF, KANT. Nos nossos dias, para LANSING, a soberania do Estado é artificial; o direito das gentes, *the law in the legal sense.* No Acórdão n. 7, a Côrte permanente de Justiça internacional refugou a theoria do primado do direito interno: "Les lois nationales", foi, então, dito, "sont de simples faits... au même titre que les décisions de juridictions ou les mésures administratives".

Categoria historica, como bem o mostrou JELLINEK, a noção de soberania produziu-se da luta do poder estatal com tres outros poderes: a Igreja, o poder do imperio e o poder feudal. O que caracterizou o Estado antigo foi a *autarchia;* o que pareceu constituir a caracteristica do Estado moderno foi a *soberania.* Mas a

illusão passou: tratava-se de um momento historico, de uma supremacia relativa, que se quis manter com o caracter de absoluta, permanente, quando já afastados os contendores. Nascida de uma negação, perdeu a razão de ser quando os negados desappareceram.

Reduzida a poder de organizar a ordem juridica, depois, ao que "le droit international laisse à la compétence de cette partie" (de um dos Estados), conforme se diz no art. 15, § 8, do Pacto da Sociedade das Nações[1], a soberania não é mais, na realidade, que um *branco*, deixado pelo direito supranacional (póde não ser, no futuro, só o internacional, — ser um outro direito do typo interno, acima dos Estados), *branco* assaz variavel no tempo e, no sentido da evolução, decrescente. Para vermos alguns traços por onde elle começa, basta attendermos á impossibilidade de acção dos Estados no sentido de negar a interdicção de insulamento commercial, a liberdade de communicação e de transito e o regime de rios. Se ha uma soberania no sentido de poder superlativo, tém-na a communidade internacional; se está a formar-se, é a favôr da communidade internacional. A ordem juridica estatal não é absoluta, nem suprema.

A soberania — se insistimos em falar disto, no plano do direito internacional — não confere competencias internacionaes, como a sombra nada confere aos cor-

1. A propria Côrte interpreta (*Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, serie B, aviso n. 4, p. 24): «La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative; elle dépend du développement des rapports internationaux».

pos. E' um modo de se ver e nomear a *competencia internacional* do Estado. Tão só. Ora, quem diz competencia diz actuação em meio social onde outras competencias existem. Competencia illimitada, absoluta, não póde existir; portanto, tambem seria absurdo sustentar que possa haver soberania no sentido de poder absoluto e illimitado. Não ha lugar para um conceito de força; ou a soberania *existe* e é um *conceito de direito*, ou *não existe;* existir como conceito de força dentro do direito seria impossibilidade logica e material. Toda a historia diplomatica é um desmentido a tal noção; e a questão dos limites das aguas territoriaes exemplifica sufficientemente[1]. As attribuições de competencias pertencem ao direito internacional, e não ao interno. Aos Estados, por seu direito ou por seus actos, cabe o exercicio da competencia que se lhes dá.

Na Constituição da Alemanha, art. 4, e na da Austria, art. 9, declarou-se que as regras reconhecidas do direito das gentes fazem parte do direito nacional. Mas isto não significa o primado do direito interno; nem póde significar, porque o direito internacional preexiste e sobreviverá ás Constituições dos dois Estados. Apenas mandam aquelles artigos que os orgãos do Estado e os cidadãos de um e de outro país se submetam a taes regras, como se submetem ás regras do direito interno.

Se o direito internacional não prima, difficilmente se entende a continuidade do Estado através das suas mudanças de governo. Ter-se-ia de aceitar a nullidade dos actos dos governos revolucionarios, proclamada pelo governo legal restaurado.

---

1. G. Grafton Wilson, *Les eaux adjacentes au territoire des Etats*, em *Recueil des Cours*, tomo I, p. 167 s.

A submissão dos Estados a regras de direito internacional significa que desappareceu, juridicamente, a noção de independencia absoluta delles: passaram a ser ordens parciaes de direito, relativamente independentes. E' o que pensa VERDROSS. Logo se objectou que tal primado internacional constituia construcção anti-historica, inverificavel nos factos. Mais: que repugna á convicção dos Estados tal idéa do poder legislativo por delegação internacional. A rigor, a critica não attinge o alvo: 1°) porque se trata de apontar relação *juridica*, e não historica, entre as duas ordens de direito; 2.°) porque os Estados pódem não proceder da ordem de direito internacional, sem que seja falsa a supremacia e a subordinação do direito interno ao internacional. Deante do argumento, VERDROSS, o maior responsavel pela doutrina, apressou-se em conceder que abstraia do ponto de vista historico. Só lhe interessava o da pura logica juridica. Ora, concebe-se que uma ordem juridica nasça entre membros de um grupo que desconheça outros grupos sociaes; mas isto contém uma hypothese da *homogeneidade* da ordem de direito do grupo que imaginamos. Se este grupo tinha regras applicaveis a um sub-grupo e não aos outros, heterogeneidade que é ordinaria nos primitivos, nada obsta a que a hypothese se opponha hypothese. Não é aí que se rompe a doutrina da subordinação do direito interno ao internacional. A concessão de VERDROSS foi perigosa. Quem fala de delegação allude a elemento historico, a algo no tempo, a dado preexistente ao primado. Salvo se esta delegação *coexiste* com o momento de transformação do direito interno, unico, em direito interno e direito internacional. Neste caso, o direito interno passa a ser subordinado, — era-o potencialmente. Os Estados, antes de entrar na communidade dos Estados, teriam uma ordem de direito provisoriamente autonoma: depois,

seria sujeita ao primado do direito internacional. Não seria a palavra delegação a melhor para traduzir isto. O que se deu foi a successão decorrente do advento de uma ordem de direito, acima das ordens de direito parciaes. Por onde se vê que são criticaveis as idéas de VERDROSS e as dos seus adversarios, inclusive a attitude critica de SPIROPULOS. O que este disse de melhor foi que poderiam VERDROSS e KELSEN só se referirem a "relação de delegação", e não a "facto" de delegação.

Dentro dos seus territorios, os Estados applicam a lei que entendem, e fazem-se obedecer ainda onde não cabia a sua lei. Ora, isto é uma possibilidade só *material*. A possibilidade juridica é outra questão. Direito interno e direito internacional devem *coexistir*. Se não coexistem, se a regra daquelle discrepa da regra deste, só uma dellas é o direito. As duas, antagonicas, não pódem subsistir. O direito internacional ha de prevalecer, ou não ha direito internacional. AUSTIN e LORD BIRKENHEAD são coherentes, porque lhe negam a existencia; mas os que se apegam á theoria da vontade e outras explicações artificiaes, mal disfarçam a negação. Ou o direito internacional domina o direito interno, ou não *é*. Ou lhe cabe o primado, ou elle não existe.

O direito internacional surgiu em condições singulares. Em quanto o direito estatal incide, *por intenção* e *effectivamente*, em todo o territorio, aquelle *aspira* á effectividade universal, conceitúa-se como universal e, direito da mais larga esphéra juridica da Terra, exerce a distribuição das competencias, fixa os proprios limites, determina a propria intensidade. Variem as collectividades menores, — ou sejam as mais *consistentes* as anteriores, na historia, ao Estado, ou seja o Estado, como hoje, ou sejam estructuras federaes supra-estataes que se tornem os immediatos recebedores da competencia originariamente distribuida, — o direito

internacional manterá a mesma superioridade, a mesma "originariedade". Internacional não significa só interestatal; a communidade internacional não é só a communidade dos Estados; e o caracter envolvente do direito internacional permitte que as espheras contidas cresçam, decresçam, se partam, se juntem, se transformem e deformem, sem que se reflicta na camada superior, definitiva (em conceito), do direito internacional, direito da esphera mais vasta e *continente*. A unica possibilidade de se proceder á reconceituação parcial do direito internacional é a da completa integração dos circulos sociaes existentes, de modo a não haver cisura entre a norma *distributiva* de competencia (internacional) e a *devolutiva* (estatal, ou supraestatal). Ter-se-á, então, unificado o direito pelo novo ordenamento; e esta unicidade de ordenamentos fará de todo o direito simultaneamente tellurico (universal) e interno.

No gráu, actual, a distributividade (*necessaria* e *sufficiente* para definir o direito internacional, conforme mostrou, em estudo valiosissimo, CHARLES ROUSSEAU[1]) e a competencia exercida em virtude da distribuição facilmente se distinguem, se bem que a maioria dos erros e obscuridades das doutrinas contemporaneas provenha da ignorancia do criterio distinctivo.

Na distribuição das competencias, a communidade internacional traça a superficie convexa, dentro da qual fica o *branco* preenchivel pelo Estado. O Estado mesmo confunde-se com aquella superficie. A' medida que a communidade internacional se integra e procura salvaguardar, dentro dos Estados, interesses humanos

1. CHARLES ROUSSEAU, *L'aménagement des compétences en droit international*, Paris, 1930, p. 45 s.

e minoritarios, complica-se a superficie convexa: nas cisuras dos poderes desce o plano, como em depressão, e restringe o campo deixado á competencia do Estado. Phenomeno semelhante é o que se passa, quanto o direito publico interno, nos Estados que accentúam os seus elementos ou processos unitarios. A differença está em que, nestes, a superficie convexa traduz a competencia devolvida, e não a competencia distribuida.

2. *O problema do primado, no Direito constitucional*

Nos nossos dias, tres attitudes principaes constróem, com certo eschematismo logico, as relações entre o direito interno e o internacional: *a*) a do primado do direito interno (*estatal*); *b*) a do primado do direito internacional; *c*) a do primado, ora de um, ora de outro. Taes attitudes se reflectem no direito constitucional e, agora, na technica das constituições. O problema de technica constitucional liga-se á criação de uma formula de coordenação das duas ordens juridicas.

No texto de uma Constituição, o Estado póde pretender o primado do direito estatal, ou do direito das gentes. Se pretende aquelle, evidentemente se afasta dos principios de uma ordem juridica, que foi, exactamente, aquella que lhe distribuiu a competencia internacional, que lhe traçou a esphera de criação juridica. Se declara, lucidamente, que prima o direito das gentes, nenhum choque é possivel: o juiz que preferisse a lei estatal em contradicção ao direito internacional, violaria o direito internacional, e o estatal, que o mandou applicar de preferencia. Na realidade, ou as Constituições são omissas, ou tentam, desde a alemã, a formula de introducção do direito internacional na vida

juridica do Estado. Antes, a doutrina anglo-americana[1], procurara coordenar as duas ordens, imitada pelas Republicas americanas.

1. Para a theoria anglo-americana, o direito internacional faz-se interno, por ter sido "adopted" pelo direito estatal. Se ha contradicção, prevalece o direito interno; portanto: o juiz e o subdito observam a este; ao Estado acarretar com as consequencias.

Na Declaration of the Rights and Duties of Nations, que adoptára o American Institut of International Law, consigna-se o seguinte:

I. Every nation has the right to exist and to protect and to conserve its existence; but this right neither implies the right nor justifies the act or the state to protect itself or to conserve its existence by the commission of unlawful acts against innocent and unoffending states.

II. Every nation has the right to independence in the sense that it has a right to the pursuit of happiness and is free to develop itself without interference or control from other states, provided that in so doing it does not interfere with or violate the rights of other states.

III. Every nation is in law and before law the equal of every other nation belonging to the society of nations, and all nations have the rights to claim and, according to the Declaration of Independence of the United States, "to assume, among the Powers of the earth, the separate and equal station, to which the laws of nature and of nature's God entitle them".

---

1. Estados Unidos: Paquete Habana v. Lola, 175 U.S. 677; Inglaterra: West Rand Central Gold Mining Company v. The Ring, 1905, 2 KB.

IV. Every nation has the right to territory within defined boundaries and to exercise exclusive jurisdiction over its territory, and all persons whether native or foreign found therein.

V. Every nation entitled to a right by the law of nations is entitled to have that right respected and protected by all other nations, for right and duty are correlative, and the right of one is the duty of all to observe.

VI. International Law is at one and the same time both national and international: national in the sense that it is the law of the land applicable as such to the decision of all questions involving its principles; international in the sense that it is the law of the society of nations, and applicable as such to all questions betwen and among the members of the society of nations involving its principles.

A formula VI do American Institut é inexacta. Pretende considerar o direito das gentes como parte do direito interno, segundo a concepção anglo-americana.

2. Na Constituição da Alemanha (art. 4), as regras do direito das gentes geralmente reconhecidas consideram-se como parte integrante obrigatoria[1] do direito do *Reich* alemão. Na Constituição austriaca (art. 9), as regras geralmente reconhecidas do direito das gentes valem como parte integrante do direito federal. Na da Estonia, em vez de "geralmente", diz-se "universalmente" (§ 4, 2ª parte). Na da Espanha estatúe-se

1. Constituição de Weimar, art. 4: «Die allgemeinen anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des Reichsrechts». Assim, tambem, a Constituição austriaca, art. 9.

(art. 7): "El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándo-las a su derecho positivo".

A regra alemã não só ultrapassa o direito constitucional alemão anterior, como tambem a formula anglo-americana. Por ella, o legislador fica obrigado a respeitar as regras geraes do direito das gentes[1]. WALZ[2] fez votos para que outras ordens juridicas a imitassem. A Austria (1920), a Estonia (1920) e a Espanha (1931) seguiram o exemplo alemão. Da Tchecoeslovaquia não se poderia dizer isso; a disposição é, ao mesmo tempo, mais vaga e mais realista: proclama querer que todos os esforços se façam para que a Constituição e as leis sejam applicadas de acôrdo com o espirito da historia nacional, assim como de conformidade com o "espirito dos principios modernos contidos na expressão: livre disposição de si mesmo, pois entendemos fazer parte da Sociedade das Nações na qualidade de membro civilizado, pacifico, democratico e progressista".

Houve quem visse na formula alemã, hoje aceita pelos Estados de que falamos, confirmação da doutri-

---

1. O «geralmente reconhecida» das novas constituições significa por todos os Estados, ou *de modo geral*? O facto de um ou mais Estados não reconhecerem uma regra de direito internacional *commum* não tiraria o valor de tal regra. Entenda-se «direito *vigente*», o direito que *é*. Os commentadores alemães fogem ao ponto principal, que é o dos principios *novos*, e alguns parece exigem a *Zustimmung*, ou approvação, do art. 45, alinea 3ª, que, ao nosso parecer, só se refere a allianças e *certos* tratados.

2. G. A. WALZ, *Zwei Grundprobleme des Völkerrechts*, em *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 22, ps. 429, 433.

na[1] do primado do direito nacional. Mas sem razão. Os artigos alemão e austriaco, bem como os dos outros Estados, que imitaram aquelles, apenas tiveram (respondeu-se[2]) o fito de obrigar os orgãos dos Estados e os seus subditos a se conformarem com as regras do direito internacional commum, sem haver necessidade de commando especial do Estado, que *transformasse*, a cada caso, as regras do direito das gentes em regras do direito interno. As normas do direito internacional ordinariamente só se dirigem aos Estados, obrigando-os a tomar medidas necessarias para as tornar executorias no dominio do direito interno. Portanto, ao Estado cabe adoptar um dos dois caminhos[3]: edictar taes regras em cada caso, ou, *desde logo*, a regra *geral*. Os arts. 4 da Constituição alemã, 9 da austriaca, 4, segunda parte, da estoniana, e 7 da espanhola nada mais são que preceitos executorios geraes.

3. Não nos parece que tal deva ser a explicação. A norma de uma collectividade que de outra recebe a competencia originariamente distribuida não é só *executoria;* antes de tudo, é *declaratoria.* A evolução da technica constitucional está, precisamente, em tal explicitude de declaração. A ordem juridica que dita lei póde deixar a outra, interior ou subordinada a ella, a fixação do tempo no qual se ha de executar. A' ordem

1. L. WITTMAYER, na *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. 13 (1925), p. 12 s.

2. A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen, 1923, p. 111 s.

3. A. VERDROSS, *Welche Bedeutung haben zwischenstaatliche Verträge für die innerstaatliche Gesetzgebung?* em *Verhandlungsschrift des zweiten deutschen Juristentages in der Tschechoslovakei*, Brünn, 1925, p. 232.

juridica, que a recebe, não é dado determinar, de si só, o tempo em que se haja de executar, nem optar entre a formula geral executoria ou a medida executoria de caso em caso. Só á influencia da terminologia da divisão dos poderes intraestataes se ha de attribuir a noção de executoriedade. Donde a confusão. Quando o Estado manda que se respeitem as regras do direito internacional commum, quer *declarar* a sua subordinação, de modo geral, *em preceito seu*, que nada addiciona aos preceitos do direito internacional. Se elle, como faz a Austria, confere á Côrte constitucional a applicação de taes preceitos, aí sim, decide quanto ao modo de execução, no exercicio do direito de repartição das competencias, que lhe concedeu o proprio direito internacional. Se nada se disse no texto constitucional, a competencia executoria ficou ao Chefe de Estado: a isto não se poderia chamar "execução de caso em caso", em contraposição á geral, dada á justiça, porque tambem a justiça só de caso em caso a ella procede. VERDROSS tomou por *generalidade* o que apenas é *explicitude*. Entre as duas attitudes, a dos Estados que procedem como a Alemanha e a Austria e a dos que nada dizem, nenhuma differença de *execução* existe; só ha de *expressão*. Sirva de exemplo a pratica anglo-americana.

A expressão, a declaração, tém consequencia apreciavel, se o Estado põe a Constituição acima das leis ordinarias, e é a de obrigar o *legislador*. Aí, sim, a explicitude é salútar; porém como o é a explicitude de quaesquer direitos ou linhas de competencia *declaradas* nas constituições.

Alguma coisa ha a fazer. E' preciso que se ponha ao vivo o caracter declaratorio do preceito constitucional relativo ás regras do direito das gentes. Depois disso, distribuir a competencia dos orgãos do Estado para as applicar ou defender. São attitudes distinctas.

Aquella é util, como vimos, pela explicitude. Esta, pela propria necessidade commum a todas as repartições de competencia.

E' impossivel negar o valor e a efficacia da construcção axiologica do direito internacional. Os direitos fundamentaes das pessôas internacionaes não supportam negação: apenas se precisam ou se coestreitam no sentido de maior realização de direito justo. A protecção das memorias ethnicas e religiosas dá-nos exemplo. Por aí poder-se-á ir até ao julgamento do Estado por delicto penal contra individuos (v. g. massacres), sem que se neguem áquelle os direitos fundamentaes: *elles variam segundo cresce a realizabilidade do direito justo*. A consecução do ideal de justiça, pelo direito das gentes, torna méros ensaios, trataveis como taes, todas as normas positivas. O direito das gentes, por dizer com o Homem, e não com o subdito ou o "nacional", é, *optimo iure*, o Direito. Marcha-se para a sua transformação final, mecanicamente necessaria, que é a da completa integração e, pois, para a identificação "communidade internacional = Estado", "distribuição originaria de competencia = devolução de competencia", "direito internacional = direito interno".

3. *Conclusões*

I. A regra geral do respeito ao direito internacional commum é util, se bem que não necessaria. O seu caracter é declaratorio.

II. Uma das consequencias da pretendida recepção do direito internacional pelo direito estatal ou do primado daquelle, reconhecido constitucionalmente, é, nos paises de *judicial control*, a apreciação das violações

do direito das gentes por parte da justiça interna. A Austria di-lo expressamente (art. 145).

III. Uma regra explicita quanto á subordinação do legislador aos principios do direito internacional commum é de grande utilidade, — accentúa uma das consequencias do primado do direito internacional.

OS TRATADOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Na superficie internacional do Estado, temos de considerar o que o direito internacional se reserva a si e exclúe, portanto, da competencia distribuida aos Estados, e os actos de vontade, os *negotia*, que, vindo de baixo, da zona deixada aos Estados, attingem a superficie internacional e procuram ser actos juridicos interestataes.

Dois problemas: o do direito internacional commum e o dos tratados. As constituições contemporaneas não satisfazem quanto ao primeiro. O art. 4 da Constituição alemã ainda é um "transformador", — expressão de que usou ANSCHÜTZ[1], sem advertir em que, com isto, lhe fazia a maior critica. Durante a feitura da Constituição, H. PREUSS (*Bericht und Prot.*, p. 32) entendia por *Allgemeinheit*, generalidade, no sentido do art. 4 (regras geralmente reconhecidas), *pelo menos* o reconhecimento das grandes potencias. Ora, as deci-

---

1. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 13. Aufl., Berlin, 1930, p. 62.

sões da Côrte permanente de Justiça internacional pódem não ter o mesmo fundamento, de modo que será temerario definirem os Estados o "geralmente" ou "o commum" dos textos constitucionaes. As regras, que elles formulassem, apenas alludiriam a conceito que independe da fixação constitucional, conceito só elaboravel no proprio direito internacional. Aos Estados não é permittido dizerem o que é direito internacional commum, porque é este mesmo direito que lhes fixa a competencia, que lhes traça a esphera de acção. Para a Côrte permanente, a expressão "principios do direito internacional" não póde — segundo o uso geral — significar outra coisa que o direito internacional, tal qual está em vigor entre as nações que fazem parte da communidade internacional. Dizer "todas as nações", seria confundir communidade internacional e totalidade atomista, totalidade dos Estados. O concurso de todas, na formação da regra juridica, é méra ficção.

Quanto aos tratados, ou elles contêm *regras juridicas*, ou não as *contêm*. Se contêm regras da natureza daquellas a que nos referimos, nada lhes accrescentam; promessa individual de cumprir ou de respeitar o direito. Se contêm *regras de direito interno* (por exemplo, de direito internacional privado, de direito intertemporal, penal, ou privado), ou *negocios juridicos*, os seus effeitos internacionaes são importantes: sem elles, a *internacionalidade* não *seria*. São, pois, criativos.

No passado, os chefes de Estado — confundidos com o Estado, e este, dono da Sociedade ou *o outro termo* do dualismo Estado-Sociedade — enviavam os seus embaixadores e ratificavam, após exame, os actos assignados. A ratificação fez-se o momento decisivo dos tratados e convenções. O Estado constitucional e dotado de Constituição começou a regular o processo da

ratificação. Hoje, é um dos problemas technicos e constitue o assumpto do presente capitulo.

E' immemorial o uso das ratificações. De ordinario, os tratados são assignados *sub spe rati*. Só o direito constitucional póde decidir quanto ao orgão competente para a ratificação. Ainda no caso de tratado em que as partes contractantes se exijam rito especial de ratificação, ou por parte de todos os orgãos do Estado, a solução ou estaria na Constituição de cada um dos Estados, ou implicaria modificação constitucional para este fim.

1. *Ratificação dos tratados*

Desde a Revolução francesa, as Constituições cogitam da ratificação dos tratados internacionaes (1791, tit. III, cap. IV, secção III, art. 3; 1793, art. 55; Anno III, art. 333; Anno VIII, art. 50). Para o direito internacional, é indifferente pertencer ao Poder executivo ou ao legislativo a feitura ou a ratificação dos tratados internacionaes. A realização democratica, que a exigencia da ratificação pelo legislativo traduziu, em nada tocou ou aproveitou á sociedade internacional. A indifferença, por parte do direito das gentes, é completa. Não se comprehende que a competencia exclusiva das assembléas pudesse constituir, como pretende MIRKINE-GUETZÉVITCH, progresso do direito internacional e não só do direito interno; nem será aceitavel affirmar-se que a ratificação[1] "relie a la législation interne l'œuvre juridique internationale". O direito internacional nada tém com a ligação ou uniformidade entre a legislação

1. MIRKINE GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris 1931, p. 70.

interna e as formalidades de direito interno relativas aos tratados: são factos que ficam aquém do campo internacional, factos *interiores* aos Estados.

As differenças entre os preceitos constitucionaes concernentes á ratificação dos tratados tocam exclusivamente ao direito interno. A Estonia submete-os, em geral, á Assembléa Nacional (§ 60); a Austria (art. 50), ao Conselho Nacional, os tratados politicos e os que modificam lei; a Polonia (art. 49, alinea 2.ª), á Dieta, os tratados de commercio, as convenções aduaneiras, os acôrdos de que resultam encargos financeiros permanentes para o Estado ou obrigações para os cidadãos, ou, ainda, modificações das fronteiras do Estado, e os tratados de alliança (cp. Tchecoeslovaquia, art. 64); a Alemanha (art. 45, alinea 3ª) exige a ratificação pelo Reichstag, quando o objecto toca á competencia legislativa do *Reich*.

A democracia conduziu os povos á competencia do Poder legislativo para a ratificação. Tal tendencia do direito constitucional contemporaneo, iniciada ha mais de um seculo, nada têm com o direito internacional, onde o seu influxo não se poderia fazer sentir. O processo, seja simples, seja complexo, pertence ao direito interno de cada parte contractante, e não ao direito das gentes. Póde ser simples para uma, complexo para outra. Dir-se-á o mesmo das adhesões a tratado que as partes declararam aberto, ou das adhesões que necessitam de assentimento dos signatarios.

Isto pôsto, devemos separar os pontos principaes:

I. A pratica das ratificações vém de muitos seculos. E' costume citarem-se o tratado entre Justiniano e Cosroes, rei dos Persas, em 561, as allianças entre Eduardo I e o Conde da Flandres, em 1296. Mas uma coisa é a affirmação do uso das ratificações e outra a

inducção de precisarem dellas os tratados feitos sem expressa reserva (clausula tacita de ratificação). Se é legitima tal inducção, a ratificação constitue elemento essencial da validade dos tratados. GROTIUS, PUFENDORF, VATTEL, WICQUEFORT, BLUNTSCHLI, KLÜBER, DE MARTENS, MÉRIGNHAC e PHILLIMORE não permittiriam a formulação da nova regra. Não assim, MABLY, WHEATON, WÜRM e outros. Alguns autores entendem que o tratado assignado apenas é o projecto de tratado (FAUCHILLE, ANZILOTTI), opinião inaceitavel, porque o tratado se assignou, já é tratado, se bem que dependa de ratificação. A questão está em se saber se, não inserta a clausula de reserva, esta se subentende (clausula tacita.)

II. No passado, o Chefe de Estado acreditava os plenipotenciarios e cabia-lhe tal funcção. Com a democracia, a situação mudou. A theoria do mandato, que serviu para dispensar a ratificação, agora serviria para a tornar indispensavel. O referendum, o controlo politico dos tratados por parte das assembléas, tal o facto novo. O Chefe de Estado tratou, mas ao Congresso é que cabe approvar. Se é regular ou logico, não se discute: é um facto, facto dos direitos constitucionaes dos nossos tempos.

III. A pratica distingue a negociação, terminada pela assignatura, e pela qual se fixa o conteúdo da vontade, e a ratificação. A assignatura dos Plenipotenciarios não basta. Até este momento, é a opinião dominante. Será superflua a ratificação, se o Chefe de Estado, com poder de concluir e ratificar, assigna o tratado. Mas o modo de ratificar e as transformações por que passar só dependem do direito interno e só a este direito alteram. Dizer que a ratificação, no estado actual do direito das gentes, é elemento de validade do

tratado, e não só acto de execução, e affirmar que o processo constitucional das ratificações nada tém com o direito das gentes, são proposições compossiveis e verdadeiras. Ainda quando o Estado dispensa a ratificação, o direito constitucional não invade o direito das gentes.

IV. Rigorosamente, a ratificação, quando é de exigir-se, faz-se, *internamente*, pela Assembléa, mas é o Chefe de Estado que lhe dá a apparição *internacional*[1]. A duplicidade de superficies suscita algumas questões: *a*) Se o Chefe de Estado cria a apparencia de ratificação e esta, internamente, não se operou? *b*) Se o Chefe de Estado permittiu ao Plenipotenciario o vigor immediato do tratado, e não podia fazê-lo? Taes perguntas sómente pódem ser respondidas pelo proprio direito interno: dependem do gráu de democratização das concepções juridicas do Estado.

Quis-se resolver o problema no terreno do direito das gentes; 1) Uns, jungidos por ligação ao passado, reconhecem ao Chefe de Estado a competencia geral para concluir tratados[2], sem que seja preciso attender a regras eventuaes de direito constitucional, de modo que as violar não seria causa de nullidade dos tratados, ou, o que dá no mesmo, sustentam que o Chefe de

1. Cp. Lei constitucional francesa de 10 de julho de 1875, art. 8.

2. BITTNER, *Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden*, Berlin u. Leipzig, 1924, p. 81 s.; ANZILOTTI, *Voluntà e responsabilità nella stipulazione dei trattati internazionali*, em *Rivista di diritto internazionale*, 1910, p. 3 s; HEILBORN, *Das System des Völkerrechts*, Berlin, 1896, p. 143; CAVAGLIERI, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1924, p. 330 s.; *Règles générales du droit de la paix*, em *Recueil des Cours*, tomo 26, p. 52 s.

Estado *declara* a vontade do Estado e, pois, o obriga, — a competencia para firmar a vontade do Estado só teria importancia no direito constitucional. Seria a continuação da velha regra, de origens absolutistas. 2) Outros entendem que a vontade do Estado não ficou formada; portanto, juridicamente, não existe. Só o direito publico de cada Estado póde fixar os seus orgãos e a competencia dos seus orgãos[1]. Só o acto do orgão competente liga o Estado. Seria arbitrario scindir a vontade em vontade formada e vontade declarada; ainda mais, admittir que esta possa ser, sem aquella. Taes scisões, no proprio direito privado, só occorrem quando se pretende *responsabilizar* o que participou de algum acto, ou por si, ou por intermedio de outrem. 3) BASDEVANT adoptou a distincção — violação manifesta e e violação não manifesta da Constituição — e quis que só naquelle caso a attestação do chefe de Estado não baste[2].

No caso de inconstitucionalidade manifesta, a velha regra não póde subsistir. *Quid iuris*, se duvidosa, v. g. se ha discrepancia na jurisprudencia do Estado, ou se o texto é obscuro e não se fixou a interpretação? E' razoavel entender sufficiente a attestação do Chefe de Estado? Parece-nos que não se devem misturar a questão da validade e a da responsabilidade pelo acto dos orgãos (Chefe de Estado, Plenipotenciarios): os principios são differentes.

V. Temos de examinar desde as profundidades. Para a *revelação* de regras de direito internacional, — v. g. para a adhesão do Estado a principio de direito

1. A. VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926, pag. 52.

2. BASDEVANT, *La conclusion et la redaction des traités*, em *Recueil des Cours*, tomo 15 (1926), p. 574 s.

pleta observancia do direito constitucional. Desde que o direito internacional já foi *revelado*, o tratado é superfluo e não ha lugar para a questão "vale, ou não, o tratado".

VI. Nas constituições recentes, a constitucionalidade da ratificação é indispensavel: o Poder legislativo limita a representação internacional do Chefe de Estado[1]. A pratica que exige a ratificação dos tratados não é de *direito internacional*, e sim *inducção extraida dos direitos constitucionaes*, proposição que se tira do *direito constitucional comparado*, e não do *direito das gentes*. Por isto, só das constituições depende. Se o Chefe de Estado, pela Constituição, ao assignar, ou ao assignarem os Plenipotenciarios, esgota todos os seus poderes de vigilancia, a ratificação não é de mistér. Se a Constituição quer que o tratado, antes da ratificação, seja dependente desta e esta só a possa dar a Assembléa, não é possivel considerar bastante a ratificação pelo Chefe do Estado.

2. *O art. 18 do Pacto da Sociedade das Nações*

Diz-se no art. 18 do Pacto que "tout traité ou engagement international, conclu à l'avenir par un membre de la Société, devra être immediatement enregistré par le Secrétariat et publié par lui aussitôt que possible". Depois: "Aucun de ces traités ou engagements internationaux ne sera obligatoire avant d'avoir été enregistré".

---

1. F. GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8, Aufl., Berlin, 1931, ps. 131, 132, ao art. 45, alinea 3ª, da Constituição alemã.

O texto é susceptivel das seguintes interpretações: *a*) o registo é elemento essencial da validade, e, mau grado a ratificação, o tratado, antes delle, não entra em vigor, — a ratificação apenas dá o direito de levá-lo a registo e, antes delle, os Estados não ficam ligados; *b*) o registo é elemento essencial da validade, porém o tratado produzirá effeitos *ex tunc* (isto é, a datar da ratificação, segundo a ordinariedade dos casos); *c*) é a ratificação que liga as partes, mas antes do registo, não pódem pedir a execução; *d*) o registo apenas previne para os effeitos perante os orgãos da Sociedade das Nações. Trata-se de questão de direito particular entre os membros da Sociedade das Nações? Por serem elles a maioria dos Estados, convém discuti-la.

Pela solução *a*, VAN KARNEBEEK; pela solução *b*, parecem estar escriptores que se não definem precisamente pela solução *c*; pela solução *c*, VERDROSS; pela solução *d*, TITTONI, ANZILOTTI, CAVAGLIERI. Eliminemos *a*, porque equivaleria a tirar o menor valor á ratificação, quando, em verdade, qualquer Estado que ratificou póde pedir o registo; *b*, porque a fixação do começo temporal dos effeitos constitue outra questão (discute-se, agora, a *validade*, a *ligação*); *d*, porque o Pacto não quis referir-se só á invocação perante a Sociedade das Nações. Resta *c*. Esta suppõe: *validade* do tratado, desde que já se deu a ratificação; proposito de vedar a diplomacia secreta; applicação *geral* do art. 18, se bem que instituição do Pacto.

Quanto ao art. 18 do Pacto, o direito constitucional póde tomar as seguintes attitudes: 1) lê-lo conforme a solução *a;* 2) lê-lo conforme a solução *b;* 3) considerar ligado, pela ratificação, o Estado, independentemente de qualquer interpretação que se dê, no direito internacional, ao art. 18 do Pacto. Nos dois primeiros casos, o registo passa a ser exigencia constitucional, parte

integrante da propria ratificação; antes delle não se póde falar de ratificação, e a communicação feita pelo Chefe de Estado sómente significa que estão aptos a pedir o registo o seu e os outros Estados que ratificaram. No terceiro caso, a ligação já se deu, só a execução internacional depende do registo.

3. *Os exemplos contemporaneos*

Na Constituição alemã, o Presidente do *Reich* representa, internacionalmente, o *Reich*, conclúe allianças e outros tratados com potencias estrangeiras, acredita e recebe a embaixadores (art. 45, alinea 1ª). As allianças e tratados com Estados estrangeiros precisam do consentimento do Reichstag, quando se refiram a objecto proprio da legislação do *Reich* (alinea 3.ª). Note-se bem: tratados[1] que se refiram a objecto da legislação do *Reich*, "die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebund beziehen". Trata-se de quaesquer tratados, legiferantes (*rechtssetzende Verträge*, criadores de direito das gentes ou codificadores internacionaes de legislação), ou negociaes (*rechtsgeschäftliche Verträge*). "Objecto da legislação do *Reich*" vale o mesmo que "materia pertencente á legislação formal do *Reich*", esclarece POETZSCH-HEFFTER. Se implica alteração constitucional[2], é de mistér a maioria do art. 76.

---

1. O «die sich» só se refere a tratados (GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Berlin, 1930, p. 235; F. POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3. Aufl., Berlin, 1928, p. 220).

2. F. POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3.Aufl., Berlin, 1928, p. 222.

A approvação não é "uma lei", se bem que se processe como lei[1]. Indispensavel não só para a validade constitucional, como para os effeitos juridicos internacionaes[2]: importa, pois, em limitação á representação internacional do Presidente do *Reich*. A falta do consentimento constitue vicio na legitimação do Presidente para representar o *Reich*[3], se bem que MAX WENZEL e ANSCHÜTZ[4] entendam que a ratificação, com intuito pratico, antes da approvação, valha, com caracter suspensivo. Da affirmação de que a approvação não é uma lei, tira-se que não póde ser *vetada* (art. 73), nem a ella oppôr-se o Conselho do *Reich* (art. 74). Assim, FINGER, HATSCHEK, HECKEL, POETZSCH-HEFFTER; contra, TRIEPEL, ANSCHÜTZ, GIESE, WENZEL.

Na Constituição austriaca, os tratados politicos e aquelles que modificam lei sómente valem após modificação pelo Conselho Nacional (art. 50). No art. 65, diz-se que o Presidente representa, no exterior, a Republica, acredita representantes nos outros Estados e "ratifica os tratados". E' a dupla superficie, a que nos referimos: o Conselho ratifica; o Presidente apparece, no exterior, como integração pessoal do Estado.

Na Constituição estoniana, os tratados são concluidos pelo governo da Republica, e submetidos á ratificação pela Assembléa nacional (§ 60). Não pódem ser

---

1. JULIUS HATSCHEK, *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Berlin, 1922, vol. I, p. 284.

2. F. GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8.Aufl., Berlin, 1931, p. 131.

3. F. POETZSCH HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3.Aufl., Berlin, 1928, p. 222.

4. MAX WENZEL, *Juristische Grundprobleme*, Berlin, 1926, p. 492; GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 13.Aufl., Berlin, 1930, p. 236.

objecto de referendum, nem da iniciativa legislativa do povo (§ 34), iniciativa e referendum regulados, com certa originalidade, nos §§ 30-33.

Na Finlandia, a approvação pelo Parlamento é necessaria para os tratados internacionaes, dos quaes certas disposições se prendam a materia concernente á legislação ou para as quaes a Constituição a exige (§ 33). Note-se a subtileza, que escapou á technica alemã e austriaca: não se cogita sómente dos tratados cujo objecto coincide com a materia da competencia do Poder legislativo e sim tambem dos casos em que a Constituição, por outro motivo, exige a approvação.

Na Constituição grega, art. 50, não ha particularidades. Na lettã, arts. 41, 68, na lituana, arts. 32, 33, a lição alemã é evidente. Na polonêsa, art. 49, o Presidente da Republica conclue os tratados e os leva ao conhecimento da Diéta; mas os tratados de commercio as convenções aduaneiras, os acôrdos que impõem encargos financeiros permanentes para o Estado ou obrigações para os cidadãos ou, ainda, modificações das fronteiras, e os tratados de allianças, sómente com o assentimento da Diéta pódem elles ser concluidos. Na Constituição da Rumenia, art. 88, está explicito que os tratados sómente valem após a approvação pelas Camaras. Na Tchecoeslovaquia, § 64, os tratados de commercio, os que impõem encargos ou obrigações quaesquer, financeiras ou pessoaes, e especialmente encargos militares, ao Estado ou aos cidadãos, e os que implicam modificação das fronteiras devem ser approvados pela Assembléa nacional. Se modifica fronteiras, será preciso lei constitucional.

Os tratados em que é interessada a Turquia devem ser submetidos á Grande Assembléa, porque são da sua competencia directa e exclusiva (art. 26).

Na União soviética, só os orgãos supremos pódem

ratificar tratados internacionaes (Parte II, tit. I, *f*; cp. tit. III, 8, onde se diz quaes são os orgãos supremos: o Congresso dos Soviets, e, nos intervallos, o Comité central executivo, composto do Soviet federal e do Soviet das Nacionalidades).

4. *Declaração de guerra.*

Em todas as Constituições recentes, a declaração de guerra depende do Poder legislativo (Polonia, art. 50; Estonia, § 60; Finlandia, § 33; Grecia, art. 83; Irlanda, art. 49). A Alemanha, para a declaração de guerra e conclusão da paz, exige *lei* (art. 45, alinea 2.ª); se bem que, no caso de offensa pelo inimigo, possa o Presidente do Reich ou o Governo empregar a força militar. Na Tchecoeslovaquia, o processo legislativo é especial, analogo ao do exercicio do poder constituinte: 3/5 dos membros de uma e de outra Camara (§ 33). Na Austria, o Conselho nacional e o Conselho federal (art. 38) reunem-se em sessão publica commum, na séde do primeiro, a titulo de Assembléa federal, para se pronunciar sobre a declaração de guerra.

Na Constituição do Brasil de 1891, o art. 34, inciso 11, já se attribuia ao Congresso autorizar o Governo a declarar a guerra, "se não tivér lugar ou mallograr-se o recurso de arbitramento".

A Constituição espanhola, no art. 6, estatúe: "España renuncia a la guerra como instrumento de politica nacional". A do Brasil dizia (art. 88): "Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, directa ou indirectamente, por si, ou em alliança com outra nação".

A prévia declaração de guerra, que a doutrina de GROTIUS exige, acha-se satisfeita pelo art. 34. inciso 11, da Constituição do Brasil, aliás como o queria o Tratado

continental de Santiago do Chile, de 15 de setembro de 1856. Os antecedentes americanos são expressivos.

A inserção constitucional de proposição contra a guerra, ou determinada especie de guerra, surte a consequencia de torná-la illicita. Isto não quer dizer que, na ausencia de tal preceito, seja licita, nem, tão pouco, que dentro delle, não possa ser illicita. E' illicita a guerra: desde que iniciada sem causa que a justifique (violação da competencia territorial dos Estados estrangeiros); se o Estado está obrigado pelo Pacto da Sociedade das Nações, ou por tratado, a não recorrer á guerra; se o Estado não está obrigado a não recorrer á guerra, nem, com ella, viola o principio de respeito da competencia territorial dos Estados estrangeiros, se a sua Constituição lha nega. Portanto, ha conveniencia theorica e pratica em inserir-se o preceito. O exemplo do Brasil é fecundo. Não se diga (já tivemos, em congresso internacional, de responder a tal argumento) que, existindo no direito internacional *commum* interdicção da guerra, não haveria possibilidade de casos em que o preceito brasileiro não fosse superfluo. Desde que se dá o acto contrario ao direito, commetido por Estado estrangeiro, a guerra é legitima perante o direito internacional commum[1]; todavia, *ainda em tal caso*, se ha o texto constitucional analogo ao do Brasil, é *illegitima* a guerra que se não justifique pelo criterio constitucional. Já o Pacto da Sociedade das Nações, arts. 12, alinea 1ª (guerras de auto-protecção antes da expiração do termo de tres meses após a decisão arbitral ou judiciaria, ou relatorio do Conselho), 15, alinea 6ª (após aquelle termo, contra a Parte que se conforma com as

1. Pacto da Sociedade das Nações, art. 15, alinea 7ª.

conclusões do relatorio do Conselho unanimemente aceito), 15, alinea 10 (contra a Parte acórde com as conclusões do relatorio da Assembléa aceito pelos membros do Conselho e a maioria dos outros membros da Sociedade), art. 15, alinea 8.ª, constitue peneira, mais fina que a do proprio art. 34, inciso 11, da Constituição brasileira. Tratados particulares de não-agressão ainda vão mais longe na condemnação da guerra; inclusive o Pacto KELLOG, que renuncia á luta armada "como instrumento de politica nacional", formula obscura e vaga, que vemos reproduzida no art. 6 da Constituição espanhola.

5. *Execução das regras internacionaes*

O normal é caber á justiça constitucional a apreciação dos casos em que se trate de applicar a regra internacional. Na Austria, o art. 145 entrega-o á Alta Côrte constitucional.

Desde que houve inserção no texto, deve o juiz preferir a regra internacional á lei ordinaria, quando, entre as duas, se dê discordancia? Nada mais seria do que a preferencia pela Constituição, justificada em qualquer Estado, ainda naquelles em que se não conhece o *judicial control*. Se não houve inserção? A solução não póde ser differente. Se o Estado autoriza o seu orgão a proceder diversamente, denuncia a sua *imperfeição*: é *injusto* o seu direito; a despeito da sua existencia formal, constituem actos illegaes os que na conformidade delle se praticarem. Aqui se enliçam KELSEN, KRABBE, HEILBORN e VERDROSS: para os dois primeiros, a noção do direito é inconciliavel com a affirmação da existencia de obrigação de direito das gentes que não seja de

direito interno[1]; para o terceiro, nenhum Estado póde impôr a outro regras juridicas, mas aos seus representantes sempre lhe é possivel: os tratados ligam Estado, e não subditos dos Estados[2]; para o ultimo a situação é semelhante á que occorre entre a lei *inconstitucional* e a Constituição: ambos os casos estabelecem contradicção provisoria[3].

Outra materia internacional que apparece nas Constituições é a protecção das minorias. São regras ditadas ao *poder constituinte?* Não. Já dissemos a respeito o que se fazia mistér: a superficie internacional do Estado, a superficie delimitadora da competencia do Estado, *desce* até ao centro da vida estatal. Não se trata de limitação ao *poder estatal;* este poder é *interior* a uma curva, só existe como espaço que se deixou, como *branco.* O direito internacional tambem estabelece protecção dos individuos, e o raciocinio constructivo é o mesmo.

---

1. H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität,* Tübingen, 1920, ps. 131s., 143; KRABBE, *Die moderne Staatsidee,* 1919, p. 276 s.

2. P. HEILBORN, *Les sources du droit international,* em *Recueil des Cours.* tomo 11, ps. 8, 10, 11.

3. A. VERDROSS, *Einheit des rechtlichen Weltbildes,* Tübingen, 1923, p. 159 s.

PARTE II

A superficie nacional ou interna do Estado

CAPITULO I

PODER ESTATAL

Um dos pontos principaes, de que se ha de partir, para a comprehensão do Estado e do direito constitucional contemporaneo, é a caracterização da fonte do *poder estatal*. Com quem está e de quem nasce o poder de construir e reconstruir o Estado? Está com Deus e nasce de Deus, respondiam as theocracias. Com o povo, e do povo, respondem as democracias. Com o povo-trabalhador, corrigem os Soviets. Com o proprio Estado, sustenta o fascismo. Na segunda concepção — democratica quanto á origem do poder estatal — ao povo é possivel construir o Estado como democracia, ou como plutocracia, ou como oligarchia. Cumpre não *confundir o poder popular originario*, em que o *facto constitucional* deriva do povo, e o *poder popular governativo*: o povo póde organizar-se *democraticamente*, ou *não*. Uma coisa é o fóco de onde parte o poder e outra o exercicio posterior do poder governativo, resultante da estructuração adoptada. Por isto, a lei eleitoral para a formação de uma constituinte não diz qual será o typo de Estado que se vae adoptar: a lei eleitoral poderá ser democratica (suffragio universal,

representação proporcional) e da Constituinte sair aristocracia, Estado fascista, ou, até, Estado soviético; e ser de representação de classes ou do povo-trabalhador a lei eleitoral, e democratico-liberal a Constituição approvada. Possibilidade, e não probabilidade, no ultimo caso, porque as reversões sociaes são raras.

Quanto ao problema preciso, hodierno, da fonte do poder estatal, temos deante de nós tres soluções *concretas* capitaes; comtudo, póde ser estudado *de plano*.

Na vida real de todos os povos, o momento em que cada um delles *decide* qual é a força, a que o poder constructivo e reconstructivo pertence, constitue *devolução definitiva* e mais do que *devolução:* eliminação do poder que existia, eliminação em favor de outro, reconhecido como supremo, e, pois, sózinho. Sómente no absolutismo não se dá tal eliminação, porque a continuidade é absolutista, mas já havia occorrido no momento de se implantar o absolutismo. Nas theocracias, o poder mystico perdura, porém o verdadeiro fóco do poder estatal é a força que, em nome de Deus, póde construir e reconstruir. As duas especies — poder estatal com o Povo e de Deus e poder estatal com o Povo e do Povo — praticamente valem o mesmo. Com rigor, *sociologicamente*, o poder estatal só pertence ao povo; *politicamente* e *juridicamente*, é que se estabelece a divergencia: com Deus e de Deus, com o Povo e de Deus, com o Povo e do Povo, com os Trabalhadores e dos Trabalhadores, com o Estado e do proprio Estado.

No estudo que se vae seguir, só nos interessa o aspecto politico-juridico: as razões remotas, as causas sociologicas da fixação politico-juridica do fóco não constituem materia de Theoria geral do direito, nem, tão pouco, de Direito constitucional.

1. *O fóco do poder estatal*

Nas modernas correntes, o poder estatal (de construir o Estado): 1) ou está com o *povo;* 2) ou com o *povo-trabalhador;* 3) ou com os elementos *activos* do proprio Estado.

Deante de Constituições que dizem ter partido do povo e pertencer ao povo o poder estatal, ha de ser o seguinte o nosso raciocinio: o povo exerceu o poder conferido, mas antes delle, como *prius,* necessariamente, houve quem *disto* decidiu; toda funcção ou remodelação de Estado suppõe governo construido, lei que diga como se ha de fazer a Constituição e quem a póde e deve fazer. Isto não quer dizer que a *antecedencia* de tal poder significa achar-se nelle, e não no povo, o poder estatal: o antecedente que reconhece a força suprema de outro poder subsequente elide-*se;* antecedencia logica, historica, e não originariedade politica. O antecedente, que reconhece como "origem" o subsequente, nega-se como poder. Na ordem politica, a reversibilidade da dimensão permitte que o poder elaborador da lei eleitoral, no momento em que fixa o fóco do poder estatal desappareça como poder, sem que caiba qualquer noção de devolução; o artigo de lei, ou o contexto, de que se tira que o poder estatal pertence ao povo, *declara* e tão só *declara;* não é, de maneira nenhuma, constitutivo de direitos. Não *causou.* Qualquer idéa de causalidade seria errada. A irreversibilidade do tempo é sem qualquer effeito para a relação "poder elaborador da lei eleitoral »→ poder estatal". O ditador, que diz: "exerce o povo o poder estatal" e marca as eleições, elimina-se como poder.

Para a segunda concepção, a nação é abstracção; realidade são as classes sociaes, *os que exploram* e os *explorados.* Para a terceira, as classes não são só duas,

são muitas, que se superpõem e se entrelaçam, de modo a ser impossivel dizer onde uma começa e outra acaba. São forças, valores, que, na sua unidade, constituem a nação. Não é preciso *dividir*, para que uma parte absorva a outra, instituindo, com esse proposito, a ditadura; o que se faz mistér é coordená-las, submetê-las ao Estado. A divergencia é evidente.

Segundo a ultima concepção, ainda quando não se trate de reorganização, o Estado suppõe criação organica (povo, territorio, e poderes são elementos), de modo que se não poderia dizer que o poder estatal pertence ao povo ou ao povo-trabalhador. Não é o povo, ou parte do povo, que cria o Estado; elle se gera com os tres elementos (povo, territorio, poderes). Se pela primeira se organiza, tambem suppõe inscindiveis os tres elementos. E' essencial ao seu nascimento que se liguem; e quando se dá ao povo o poder de construir o Estado, de algum poder partiu a iniciativa.

Monoidéico, o Estado soviético guia-se pela estrella do fim revolucionario, de modo que o povo-trabalhador exerce o poder estatal *dentro da idéa revolucionaria*. E' notavel a *transcendencia* do fim, phenomeno assaz explicavel em revolução que constitúe a maior tentativa de submeter a materia social ao poder do espirito. A Italia segue outro caminho: o fim do Estado fascista é *immanente*, revelavel pela realização, pela natureza typicamente organicista da sua concepção do Estado. O Estado soviético é a obra immensa de uma philosophia economica; o Estado fascista, de uma philosophia bio-social.

A concepção italiana não joga com a noção unitaria "povo-trabalhador", na qual é impossivel scindir povo *e* trabalhador. Differe, portanto, da soviética. Ha a nação, unidade moral e territorial, e a corporação, unidade economica e productiva: o Estado apanha as

duas, absorve-as, e cria as duas unidades integralizadoras, politica *(Gran Consiglio)* e imperial (Corôa). No fundo, é o Estado que se cria a si mesmo, pela inscindibilidade dos elementos componentes. Menos clara do que a concepção sovietista. Se o trabalho merece o reconhecimento da sua essencialidade, ou este reconhecimento se opera pela solução radical (povo-trabalhador, como unidade geradora) ou o poder estatal devia estar com o povo *e* com as corporações (trabalho), e teriamos: territorio, povo, corporações, poderes; ou territorio, povo e poderes, inclusive corporações. Neste ponto, a doutrina do fascismo — tirada dos factos, á medida que se realiza a transformação do Estado democratico em Estado fascista — ainda nos parece obscura. Em tal concepção, o poder originario não está no povo; porque acima do povo ha directivas: o Estado, tido como *realidade*, formação organica, instituição; o Estado inscindivel nos seus tres elementos: territorio, povo, poderes. (Quando a scisão occorre e o Estado se identifica com o territorio, tém-se o Estado territorial, evidentemente mutilado; identificado com o povo, ter-se-á o Estado sem coordenação, sem forças moderadoras; identificado com os poderes, é o Estado despotico, absluto.) Na sua actividade, o Estado fascista reconhece a personalidade dos aggregados sociaes, e estataliza-os. Em quanto a revolução russa destróe o que póde, do passado, e quer, com o presente, edificar o futuro, e em quanto a solução alemã transacciona, o fascismo conserva, preserva e reforma: a expressão "reforma social" serve-lhe mais do que "revolução". Não refaz o Estado; encontra-o, como entidade inicial, e transforma-o: sem quebra da continuidade, outro typo, outra forma surge. Transformação que o fortalece, porque lhe restitue a *organicidade*: em vez do Estado das roletas eleitoraes, o Es-

tado das entrosas de machina; em vez da carencia de fins precisos, da heterogeneidade de fins, o Estado monopartidario, o Estado dotado de idealidade, inconfundivel com o Estado asubstancial, rolante, do liberalismo. A este a massa dá impulso, põe-no em movimento, porém ellè, abstracto, estranho, incommensuravel, não vive na massa e a massa não vive nelle. E' tão da massa, quanto a machina é da electricidade que a move. O Estado fascista pretende a substancialização do Estado, a disciplina que *melhor sirva* ao povo, e não só a disciplina que elle *queira*. Não é o povo que o faz, — elle preexiste e supraexiste, exerce funcções supraindividuaes, que o contracto social e a concepção do Estado feito pelos individuos não poderiam explicar. Donde os seus attributos de *necessidade, prioridade, autoridade*. São idéas correntes na literatura do direito constitucional fascista.

Resta-nos saber como o sovietismo e o fascismo constróem o poder estatal reconhecido ao povo e ao trabalho. Para a theoria classica, são coisas heterogeneas: a vontade do povo, elemento humano, complexivo, totalizante, susceptivel de se exprimir por maiorias, e a vontade do trabalho, noção de actividade e não de entidade concreta, ou, juntas, sommam o insommavel, ou esta, após aquella, faz, até certo ponto, *bis in idem*, porquanto grande parte do povo que se representa vota como povo e como trabalho. A Russia radicaliza a solução: só o povo-trabalhador, portanto só uma parte do povo é fonte constructiva do Estado. A Italia considera intimamente ligados povo e trabalho, evitando a concepção democratica, mystica, que faz do *individuo*, em vez da *nação*, o poder fundamental. O poder imperativo está com o Estado, que se *cria* "com" o povo e não é criado tão só "pelo" povo.

2. *Theocracias*

O poder estatal e o governativo procedem de Deus. Origem *divina*, e não *humana*, do poder. Procedencia magica, que se encontra nos primitivos como em monarchias constitucionaes. Do feiticeiro, ao rei pela graça de Deus. Ainda a recente Constituição da Irlanda reconhece que toda autoridade legislativa emana de Deus e passa ao povo. A da Polonia é em nome de Deus. Philosophicamente, desde que se aceite a intervenção divina, a ligação metaphysica é independente da juridica, como o é a sociologica, a que acima, no preambulo deste capitulo, alludimos. Crendo-se em Deus, tres têm de ser as ligações: *metaphysicamente*, o poder estatal provém de Deus (*Omnis potestas a Deo*); *sociologicamente*, do povo; *politica* e *juridicamente:* do povo, do trabalhador, do proprio Estado, ou como quer que seja, inclusive, declaradamente, de Deus, *através* do povo, do monarcha, da classe. Não é inconcebivel um sovietismo, uma ditadura do proletariado, que se enfeite de origem divina. O fanatismo de algumas camadas brasileiras, soffredoras e crentes, já tém apresentado paginas dignas de estudo, no tocante ao complexo marxismo-catholicismo, aberrante, ao mesmo tempo, das doutrinas da Igreja e do marxismo.

Concretiza-se a theocracia quando se estabelece o primado do direito religioso, a invasão do dominio politico e juridico pela Religião. Sem isto, a menção, a simples justificação theologica do poder não passa á realidade constitucional, não *modela* o Estado: permanece no terreno das idéas. Aliás, a formula — todo poder emana de Deus — é susceptivel de differentes conteúdos. Ora traduz o caracter natural ou natural e necessario do poder; ora a impossibilidade de grupos humanos, de ordem, sem governo. Ora é a doutrina do

direito divino sobrenatural (BOSSUET), segundo a qual Deus escolhe os governantes e os investe do poder, donde a monarchia absoluta como a forma mais coherente; ora a do direito divino providencia (DE MAISTRE e DE BONALD), segundo a qual, se bem que seja parte da ordem providencial do mundo, o poder vae aos homens (minorias ou maiorias). E' innegavel a vantagem de tal doutrina para os que, sem religião, não têm *fins* (ideal social) nem freios: sobrepõe aos governos, aos proprios povos, uma lei; aos povos, ás maiorias, ás minorias, aos individuos, algo de razão, de *ligação*, de bem commum, que se traduz nas religiões, processo social adaptativo de extrema sensibilidade.

3. *Democracia*

As ligaduras do Estado medieval são convenios, capitulações, compromissos, contractos, com os elementos moraes do juramento e do direito á resistencia. Ainda são contractuaes as constituições dos nossos dias, quando entre Principe e povo. Mas sobre taes typos, mortos ou moribundos, o que vemos extender-se é o Estado moderno, em que o poder estatal emana do povo. Toda idéa de contracto é reminiscencia intima, noção fossil que cumpre refugar. Povos homogeneos, indivisiveis, unilateralmente se auto-organizam: a Constituição nasce, para cada um delles, como as formas da planta a sair da semente; assiste-se á passagem de todas as tendencias do povo, — a Constituição bate a chapa photographica no momento exacto em que taes tendencias conseguiram compôr figuras precisas. Isto não quer dizer que seja algo de morto. De modo nenhum. A tendencia que se fixou no instante da focalização é como um gesto, e os gestos têm sentido.

Tudo que signifique contracto, convenio, é estranho ao conceito hodierno de Constituição. A forma da arvore não é contracto, nem convenio: é forma. Por outro lado, a deformação do fundamento juridico como compromisso não satisfaria: a Constituição, em seu conteúdo, póde ser transaccional, tregua de lutas; em si, é *programma activo*.

Para funccionar, a concepção democratica parte de que *todos* devem escolher a fórma ou processo pelo qual *todos* sejam conduzidos aos resultados (conducção *voluntaria*, porque *todos* quiseram a forma ou processo), de modo que a parte vencida nos resultados fique obrigada a respeitar a victoria. A democracia assenta em tal criterio de "maioria = totalidade". Na formação das maiorias, com o processo das coalições, surge o predominio (usurpado) dos organizadores de maioria: é a oligarchia.

E' democratica a origem de quasi todas as constituições surgidas recentemente. Do povo é que provêm; no povo está o poder estatal, o poder de auto-constituir-se, *ab initio*, e no futuro. Nenhum dualismo entre Estado e povo ou sociedade: a propria materia social cria a sua forma, sem qualquer idéa de contracto, de *pactum*. Algo de organico, de dominio de si mesmo. Na Alemanha, ao começo da série, o povo, "unido em suas raças e animado da vontade de renovar e de consolidar o seu *Reich*, na liberdade e na justiça, de servir á paz interior e exterior e de promover o progresso social", dá-se, a si mesmo, a Constituição. Na Baviera e na Prussia, o povo, sem qualquer invocação metaphysica, adopta a Constituição. Na Austria, cuja carta nenhum preambulo contém, o art. 1 diz que se trata de uma republica democratica e o direito emana do povo. Na Estonia, o povo, "na firme convicção e com a inflexivel vontade de criar Estado formado na justiça, no direito e na liber-

dade, afim de assegurar a paz exterior e interior e de garantir o progresso social e o bem das gerações presentes e futuras", elabora a Constituição. Na Finlandia, ao tornar-se independente, avigora-se a Constituição pela adjuncção de preceitos novos, com força de leis fundamentaes, e sancciona-se o trabalho da Diéta, que, em corpo, representa a nação (preambulo e § 2º). Na Grecia, todos os poderes emanam da nação (art. 2), e a propria guarda da Constituição é confiada ao patriotismo dos Hellenos (art. 127). Na Lettonia, o povo, por seus representantes livremente eleitos, decidiu dar a si mesmo a Constituição. Na Polonia, em nome de Deus Todo-Poderoso, foi a nação que se auto-constituiu, e declara-o em longo preambulo, que rememora o seculo e meio de servidão, a tradição gloriosa da Constituição de 3 de maio, e agradece a coragem e o devotamento infatigavel das gerações que lutaram pela independencia. Emphaticamente se fala em Patria inteira, livre e unificada, em firmar a segurança e a ordem social nos principios eternos do direito e da liberdade. Tal constituição de origem democratica succedeu á provisoria de 1918, revista em 1926, que tinha sido obra do Conselho Nacional. Na Tchecoeslavaquia, a nação, querendo consolidar a unidade interior, fazer reinar a justiça na Republica, garantir o desenvolvimento pacifico da Patria tchecoeslovaca, trabalhar pelo bem commum dos cidadãos e assegurar os beneficios da liberdade ás gerações futuras, proclama querer fazer todos os esforços para que a Constituição e as leis do país sejam applicadas no espirito da historia, assim como no espirito dos principios modernos contidos na formula — livre disposição de si mesmo, pois entende fazer parte da Sociedade das Nações na qualidade de membro civilizado, pacifico, democratico e progressista. A despeito da vaguidade, é o mais notavel preambulo sob o ponto de vista da con-

cepção internacional. Todo poder tchecoeslovaco emana do povo (§ 1, n. 1). Na Turquia, o poder, "sem reservas nem condições" pertence á nação (cap. I, 3). A Lituania teve, a 1° de agosto de 1922, a sua lei constitucional, votada pela Diéta constituinte mas foi substituida, a 15 de maio de 1928 pela actual Constituição "proclamada" (quer dizer: outorgada) pelo Presidente da Republica. O art. 1° declara que o poder estatal pertence á nação e os arts. 103, 104 regulam a revisão e o complemento da Constituição pela adopção na Diéta, susceptivel de ser submetida á nação, se o exige o Presidente da Republica ou cincoenta mil eleitores. Na Hungria, não ha constituição rigida: monarchia, o dualismo existe; mas o proprio facto de ser monarchia sem monarcha e o de se deixar para occasião opportuna o regular-se o modo de exercicio da autoridade suprema (Lei n. 1, de 1920, § 12) mostram que o povo decide dos orgãos estataes.

Na Italia, Estado unipartidario, o partido fascista não se preoccupou com a feitura de nova constituição, nem de revisão systematica da existente. Nem por isso deixou de constituir profunda alteração no direito constitucional da Italia e do mundo. A propria concepção da escolha unipartidaria: proposição ao duplo pelas Confederações nacionaes de syndicatos; designação pelo Grande Conselho nacional do fascismo; approvação do corpo eleitoral. E' o Estado corporativo.

Na Rumenia, foram Assembléas Nacionaes constituintes que, separadamente, votaram a Constituição de 1923, — ha um Reino, o Parlamento representa a Nação (art. 42), de modo que se estabelece o dualismo. Deu-se o mesmo com a Constituição dos Serbos, Croatas e Eslovenos de 1921: o preambulo alludia á "graça de Deus" e "vontade do povo" como origem do reinado. Em 1929, o Reino passa a chamar-se Yugoeslavia e o Rei edictou a Lei de 6 de janeiro. E' uma ditadura monarchica.

Na União soviética, a Idéa prima: é a vontade dos povos que faz a União; principio de representação preside ás constituições das Republicas componentes; mas o *povo* que decide é o *proletariado*, e não o conjunto "oppressores-opprimidos".

Na Constituição espanhola, o art. 1º diz que a Espanha é Republica democratica de "trabalhadores de toda classe", que se organiza em regime de Liberdade e de Justiça. O poder estatal emana do povo. Trabalhadores de todas as classes; vale dizer: todo o povo.

Na propria Cidade Livre de Danzica, a Constituição, approvada pelo Alto Commissariado da Sociedade das Nações, e pelo Conselho da Sociedade das Nações, diz-nos que o poder estatal emana do povo (art. 3).

No Brasil, a Lei eleitoral de 1932 vae criar, de facto, especie nova de poder estatal. Precipitou-se a representação das classes trabalhadoras. Ainda não era o momento para a intervenção dellas. Uma coisa é a *eleição* para a Assembléa constituinte, — que, de praxe, se faz com todo o povo em certas condições (electividade activa), — e outra a *eleição* para a composição dos orgãos do Estado. Já falámos de tal distincção, que é de grande importancia, entre poder estatal e poder governativo. A Assembléa constituinte, composta pelo povo, póde organizar, sem o suffragio universal, ou com elle e a representação de classe, os poderes politicos, inclusive as futuras Assembléas; e não obsta que adhira ao systema corporativo do fascismo ou ao proprio systema soviético. A ditadura brasileira começou por dividir o poder estatal entre o povo e as classes, especie de fascismo *preconstitucional*. Assaz differente do italiano, — *legislativo* e, pois, *posconstitucional*. Certo, fez-se constitucional; mas com isto não se apaga a differença: o fascismo brasileiro foi preconstitucional e, se a Constituição

não fôr fascista (povo + corporação), só terá sido *anterior* á Constituição.

Conforme se viu, nenhuma differença necessaria entre os Estados unitarios e os federaes. O poder estatal póde estar com Deus e provir de Deus, com o Povo e provir de Deus ou do proprio Povo, seja federal ou unitario o Estado. O *poder estatal*, superficie interna do Estado, precede qualquer consideração da estructuração ou criação dos processos integrativos do Estado. No Estado federal, democratico ou popular, a Constituição não deixa de ser o que é nos Estados unitarios: una e unilateral. A bilateralidade ou a pluralidade só se encontra nas Confederações ou nas estructuras dualistas (povo e Principe).

Os Estados modernos tratam o povo do Estado como conjunto de individuos iguaes. Excepto o Estado soviético. Neste, o povo divide-se em duas classes: os trabalhadores e os não-trabalhadores. O Estado fascista não chega a tal distincção clara.

O ESTADO CONTEMPORANEO E O DIREITO

O Estado actúa na *formação do direito* (actos normativos), na sua *praticidade* (actos de execução e actos judicantes), e no facto mesmo de se submeter a direito seu. Suppõe ordem supraestatal, que é o *direito internacional*, e ordem intraestatal, que elle *realiza*. E' uma *vontade* entre dois ordenamentos juridicos, — a superficie convexa para os que o vêem do plano internacional e concava para os que o vêem de dentro, da *vida intraestatal*.

Em todos os Estados, o Direito exerce papel estabilizante, que lhe é especifico. Os preceitos politicos e economicos são mais instaveis do que os juridicos; ganham peso, transformando-se em preceitos juridicos.

1. *O Direito como processo social*

O Direito é *necessario* á Sociedade e ao Estado. Ao Estado, porque, sem Direito, não poderá *affirmar-se*. Ora, a affirmação é essencial ao Estado. O direito internacional, quando considera sufficiente o *dado social*

para que se possa falar da existencia de Estado, presuppõe a *affirmação* politico-juridica; portanto, Estado e Direito. A verificação por parte do direito internacional (dizer *conceituação* é a mesma coisa) tira toda a importancia á questão da prioridade do Estado e do Direito. Tudo estaria assaz aclarado, se a critica aos Estados recentes os não apontasse como ajuridicos ou, até, anti-juridicos. Os dois casos mais relevantes são o soviético e o fascista, ambos tidos por alguns escriptores como Estados *de facto* (no sentido de ajuridicos), e não Estados *de direito.*

Devemos estudá-los separadamente. Antes, porém, algumas considerações se fazem mistér.

A regra juridica é, especificamente, mais estabilizadora que a regra politica. Os phenomenos juridicos participam de tal especificidade estabilizante, menor do que a dos phenomenos religiosos e moraes, porém assaz sensivel para quem se põe do lado dos phenomenos politicos. As revoluções começam por investir contra o espirito emperrado dos juristas, contra a ordem retrograda, que elles confundem com o Direito, como se o Direito fosse outra coisa que um processo de adaptação; e irrompem contra o Direito, em vez de investirem contra o *direito vigente,* direito que sómente póde ser *destruido* por outro direito, que o substitúa. Processo adaptativo estabilizante, fixador, o Direito será sempre o mesmo, como é sempre o mesmo o oxigenio que ha na fruta, no ar, na agua: elle é o mesmo e pésa o mesmo; os compostos é que differem de peso. O direito do Estado A será mais rígido, mais resistente, se os outros elementos forem mais rígidos e resistentes: estes é que variam. O remedio contra um direito que parece demasiado oppressor, parado, está em outro direito menos oppressivo e mais novo. De qualquer modo, outro direito.

2. *O Estado soviético*

Ainda recentemente, os russos deblateravam contra o Direito, que reputavam opio do povo, mais venenoso e estupefaciente (GOICHBARG), confundindo o Direito e o direito existente, o Direito e o jurista, sem atinar em que, visto pelo politico, o Direito é necessariamente *estavel*, porque é fixação do phenomeno politico ou economico, mais instaveis, e errando em suppôr mais estabilizador o processo juridico que o da Religião. Ora, exactamente as regras religiosas são as mais resistentes a variações, as mais difficeis de alteração; dentre as regras juridicas, aquellas em que ha elemento religioso são as que mais perduram, mais resistem, mais frenam a vida social. Por onde se vê até que ponto o pensamento do jurista russo discrepa da sciencia. O phenomeno economico é o mais instabilizador, revolvente, movel, de todos, excepto a Moda. A revolução russa, levando o Estado ao sector da Economia e aí installando os seus fundamentos, dynamitou as estructuras juridicas do passado. Outras estructuras viéram e ellas é que *precisarão* e hão de *enrijecer* as directivas revolucionarias. Os principios geraes de todo direito são as grandes linhas de conformidade com certos escopos: a conformidade com o fim revolucionario constitue o fundamento do direito soviético. Não se diga que, á differença das leis dos outros povos, a lei soviética só tenha valor "*instrumental*". Instrumentaes são todas as leis. Quando o legislador regulamenta sem intenção definitiva, isto é, em "ensaios", — as instrucções, que elle dá, necessariamente dependem mais da apreciação dos casos do que da normatividade abstracta. Regulamentos provisorios, instrucções pouco rigidas, são communs ao Estado soviético, e aos Estados não-soviéticos. O que se dá é a insufficiente *revelação*

do direito que decorre do ideal revolucionario; as leis ainda não exprimem, tão bem quanto as leis occidentaes, o direito que pretendem exprimir. Mas o direito soviético existe, exploravel, como veio de mina, no "fim revolucionario", fim assaz preciso nas formulas doutrinarias. Por outro lado, o jurista russo tém consciencia da grande imperfeição das suas leis, da contingencia humana de não poder criar, de um golpe, todo o apparelhamento technico juridico. Nisto, nesta consciencia da inferioridade do instrumento, leva-nos vantagens. Em 1922, criticamos[1], longamente, a interpre-

1. PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. II, ps. 377s., 494, 497 (origens liberalistas dos principios «nullum crimen sine lege», «nulla poena sine lege», e da proscripção do costume como fonte do direito); 424: «No direito criminal, deve o juiz interpretar restrictamente os textos. E' o que se lê em todos os tratados de direito penal. Mas, se o phenomeno juridico não differe essencialmente, e se ha conceito unico no direito, como admittir, no direito privado, a analogia, e a restricção no direito penal? A necessidade da lei escripta prévia é consequencia politica relativamente nova; foi a Revolução que a pôs em preceito de organização publica, na Declaração dos Direitos. Era a reacção ao arbitrio, ao abusivo systema anterior, propicio ás paixões e aos interesses de ordem subalterna. Aos poucos se sente a impossibilidade de prover, nos codigos e nas leis especiaes, a todas as categorias e a todas as eventuaes figuras com que se nos apresentam os actos delictuosos. Naturalmente, na mesma proporção irá a cessar a fé na efficacia e na sufficiencia da lei. Não é mais a arbitrariedade que damna o individuo — é a restricção, o limitado valor literal dos textos legaes. De momento a momento vêem o jurisconsulto, o interprete, o juiz, que se faz preciso avançar e quebrar as cadeias do judaismo exegetico, que se pretendeu elevar á preeminencia de canon da liberdade. Sómente os ingenuos, daquella fria ingenuidade de GARÇON, que reputou indestructivel o principio da adstricção do juiz criminal ao texto da lei, porque se mantém firmemente leal aos principios

tação restrictiva que se reputa principio indestructivel do direito criminal[1]. No Codigo Penal soviético apparece o mesmo principio informador: "toda abstenção e todo acto socialmente damnoso e em contradicção com a ordem estabelecida pelos operarios e camponeses" são puniveis, ainda que os não mencione o Codigo; o juiz deve classificar o delicto em uma das categorias em que os delictos se dividem, e graduar, em consequencia, a pena, segundo a propria consciencia socialista (Codigo Penal, art. 9). Se attendermos a que os fins do Estado soviético são bem mais claros que os dos nossos, que são Estados de sector politico-cultural (em parte) e abstinente, comprehenderemos a relevancia do preceito. No Codigo do Processo penal, art. 4, "em falta de lei ou de instrucções para a solução de qualquer questão, deve o juiz resolvê-la, inspirando-se nos principios geraes da legislação soviética e na pratica geral dos poderes operarios".

Estado absorvente, unipartidario, o Estado soviético *preestabelece*, theoricamente, o seu Direito, e toda lei, em quanto não se fixa a convicção de que traduz, perfeitamente, tal Direito, não póde pretender a segurança extrinseca que os principios classicos de direito intertemporal conferem ás leis. No tempo, toda mudança, no sentido do fim revolucionario, é possivel.

---

de 1789 que fixaram definitivamente as bases indesmontaveis da constituição dos povos livres, sómente a taes espiritos amarrados ao momento historico, colonos adscripticios dos seculos, podem parecer invariaveis o sentido e a direcção do dispositivo penal, da regra juridica.»;—*Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 245 s. (origem e critica do preceito *nulla poena sine lege*).

1. E. GARÇON, *De la méthode du droit criminel*, em *Méthodes judidiques*, Paris, 1911, p. 213.

Occorre que se tornou *publico* quasi todo o *direito privado*, — o que de si só justificaria afastar-se a politica de direito intertemporal, as irretroactividades, com que se enrijeceu o direito privado dos velhos Estados. STUTCHKA allude á impossibilidade em que se acha o jurista soviético de distinguir onde acaba a lei e onde começa a ordenança administrativa, e affirma que tal opposição é pura ficção, da doutrina e da pratica burguesa. Em parte, certo; mas falta a explicação. Aquelle phenomeno, a que alludimos, do Estado de *fim preciso* (fim *ideologico*, que as monarchias absolutas não têm), tornando *publico* quasi todo o direito privado e estabelecendo regras de direito civil e commercial a titulo de transição, explica a difficuldade em se distinguirem a lei e a instrucção. A unicidade de fins, a logicidade peculiar ao Estado da concepção materialistica da historia, levam-no á *unicidade* dos poderes, em vez de levá-lo á *separação* dos poderes, caracteristica do Estado *scindido* da Sociedade, do Estado que se encontra no dualismo "Estado-Sociedade".

O Estado soviético cria um direito novo, mas ha, nelle, direito. O phenomeno economico absorve grande parte da actividade; por isto mesmo, affecta o corpo social de maior instabilidade. Vemos desapparecerem, ás vezes no sentido do que já a Sciencia pura do Occidente aconselhava, certas presilhas technicas, como a rigidez do direito intertemporal, o restrictivismo exegetico das leis penaes e processuaes. Dá-se mais valor á *segurança intrinseca*, á conformidade da lei com o direito ideologico, com o fim do Estado, do que á *segurança extrinseca*. Aqui, o que a sciencia suggere é verificar se a tendencia consiste em resguardar a estabilidade especifica do Direito ou em "politicizá-lo" arbitrariamente. Lendo julgados soviéticos, lendo os interpretes das suas leis, lendo as regras relativas aos ef-

feitos intertemporaes das leis, se é certo que, ás vezes, parece estar a actividade politica a derrocar qualquer permanencia juridica, no conjunto a lei guarda as suas qualidades especificas, a sua durabilidade essencial. Póde-se falar do Direito do Estado soviético, sem o confundir com a Politica no Estado soviético. O monoidéismo assegura maior concatenação, maior ajuste; não ha possibilidade das grandes discordancias occidentaes entre os fins do Estado e o seu direito, entre a mobilidade da vida e as formas, como entre os outros Estados. Assim, ha o direito soviético, distincto da administração soviética, e a despeito da unicidade do orgão. Donde devermos concluir que o Estado soviético não é, como erradamente se disse[1], Estado "de facto". Quando se tivér encontrado systema legal que satisfaça, em conjunto, a finalidade do Estado soviético, dar-se-á a evolução[2]; em vez do Estado do periodo politico-economico, teremos, ainda conservando as suas funcções iniciaes, se as conservar, o Estado do periodo direito-sciencia (ou outro processo de adaptação).

3. *O Estado fascista*

Ao contrario das outras revoluções, a revolução fascista nada teve de catastrophica; organizada, affir-

1. Mirkine Guetzévitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, Paris, 1923, p. 15 s.

2. Estabilização decrescente: Religião, Moral, Arte, Sciencia, Direito, Politica, Economia. No sentido da evolução, o predominio dos processos adaptativos opera-se em ordem tal, que a lei cyclica póde ser enunciada do seguinte modo: sendo R, M, A, S, D, P e E os processos adaptativos, a evolução social *tende* ao crescimento dos meios em vez dos extremos: as formas iniciaes são do typo RE, ou EP, ou RME (*Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, p. 242).

mativa, energica, não revocou o passado, deu-lhe seguimento revolucionario; não impôs uma doutrina, — ao effectuar-se dos factos foi tirando a doutrina. Transformação de costumes; desmontagem e montagem, sem arrasamentos subitos: por meio de leis e de actos. Revolução pacifica, reconstructiva, inspirada em limitações da liberdade, ditadas pelos interesses geraes. Leis farão com que a propriedade não possa ficar inaproveitada, segundo normas da nova consciencia corporativa; leis incorporam o syndicalismo ao Estado. Os meios principaes da revolução fascista foram meios de disciplina juridica. Sem a consequente transformação juridica, toda revolução falha, ainda que tenham sido extraordinarias as suas intenções, os seus disturbios, as suas violencias. A enscenação, a enormidade episodica, bem pouco será na vida social; sociologicamente, é quasi nada. Se uma revolução não consegue substituir novo typo de Estado ao que existia, arranhou as superficies sociaes, — não renovou, não refez o organismo. Ora, é innegavel a obra italiana da substituição do Estado fascista ao Estado liberal e democratico.

Não obstante, o Estado fascista tém sido acoimado de antijuridico. Injustiça grave. No terreno juridico, o Estado fascista foi e é um Estado criador: tudo, nelle, tende a ordenamento juridico; e a sua obra corporativa cria, em materia syndical e constitucional, direito original, de valor evidente.

Inquina-se o Estado italiano de antijuridico, de ter cortado as raizes nomocraticas do Estado demoliberal[1], de ser, apenas, ditadura. No entanto, foi a politica mais attenta á vida (se bem que ainda insufficente); e in-

1. H. Heller, *Europa und der Fascismus*, Berlin u. Leipzig, 1929. ps. 65, 69.

crustou no Estado, no ordenamento juridico do Estado, no direito publico e no proprio direito constitucional, os grupos economicos, ainda frescos de hostilidade ao Estado e doutrinariamente antitheticos.

No direito do Estado demoliberal, individualista, a antithese "Individuo-Estado" serve de base a todas as soluções: tudo se desenvolve em relações entre elle e só entre elles; as collectividades interiores (municipios, provincias) participam, separadamente, de um e de outro, de modo a não perturbar o dualismo fundamental. No direito do Estado italiano, ha tres sujeitos: o Individuo, as Collectividades, o Estado; e o Estado não póde cancellar os dois outros. A ethica do Estado individualista é elaboração individualista, a ethica dos direitos aprioricos do individuo. A ethica do Estado italiano, mais complexa, mais concreta, tém de attender á incolumidade das tres espheras.

4. *O Estado sociodemoliberal*

A Constituição alemã abre a valvula ás socializações, mas permanece no Estado de Direito. Democracia socialista e constitucional, representa o compromisso demoliberosocialistico; é a Republica sociodemoliberal. Já se não póde dizer que tenha funccionado *asubstancialmente*, que tenha sido illusorio o seu papel, que só se possa apresentar como o producto artificial de coalições momentaneas de partidos. A sua projecção *na realidade* desmente as censuras radicaes que lhe foram feitas. Funccionou, funcciona, e por muito tempo poderá funccionar, com a plasticidade que se reclamava em país de liberdade partidaria, como a Alemanha, e de extraordinaria rigidez das convicções philosophicas e sociaes.

O pensamento de MARX e de ENGELS serve-lhe para mostrar que a democracia não está nas formulas politicas, e sim no verdadeiro *valor* dos homens. Se os individuos não valem, de nada servem a liberdade e a actuação politica que se lhes reconhece. A sciencia, applicando-se ás relações humanas, opera como factor integrativo: muda o conteúdo do Direito, sem o desnaturar; e do theorema intellectualistico da valorização scientifica do homem e da applicação da sciencia não se póde concluir que desappareça o Estado[1]. O Estado e o Direito ficam.

Socialização significa obra legislativa do Estado, modificação da organização economica e do direito de propriedade pela lei. Socialização lenta, aos poucos, conforme fôr aconselhado, tal o programma alemão. Bem differente da socialização integral, de uma vez, á russa. Compromisso do presente com as aspirações do proletariado.

Em época de estructura economica menos injusta que a de hoje, já o pensamento genial de FICHTE preparara a mentalidade alemã para a politica socialista. Depois, veio a doutrina de MARX, já inspirada em outro e differente espectaculo das realidades humanas. Certo era quasi nenhum o fio politico do socialismo marxista, porquanto, vendo nos factos encadeiamento determinista, não deixava margem ao proposito de transformar com exito a sociedade vigente. — Para MARX, a convicção não sáe do terreno *indicativo*: duas premissas, concepção materialista da historia e doutrina da luta de classes; em consequencia, a dominação de

1. MAX ADLER, *Staatsauffassung des Marxismus*, em *Marx-Studien*, IV, 2, p. 209 s.; — 3. *Reichskonferenz der Jungsozialisten*, Berlin, 1925, p. 12.

uma, por estar em mãos da classe capitalista a propriedade privada, os instrumentos de producção. Mas, crescendo cada vez mais a massa proletaria, chegará a extraordinario poder e procederá á socialização dos meios de producção. A ditadura do proletariado extinguirá a luta, homogeneizando os homens. — Cêdo se procurou corrigir o negativismo politico do marxismo. LASSALLE incluirá o socialismo como "periodo a vir" na evolução do Estado: a funcção e missão do Estado é exactamente facilitar e ajudar a conseguir o progresso cultural da Sociedade. Tal é a sua "vocação". Para isto existe; para isto serviu, serve, e continuará a servir. Era a inclusão de uma premissa no imperativo, com que se vinha aproveitar e tornar suscitadora da acção, em vez de negativa, a concepção marxista da socialização pela força das coisas. BEBEL traz a formula do livre Estado popular. Através de KAUTSKY, KARL HENNER, HEINRICH CUNOW, KARL HILFERDING, OTTO BAUER, ADLER e outros, o socialismo de Estado ganhou o pensamento politico. OTTO BAUER desenvolve a theoria do "equilibrio das forças das classes".

Socialismo de Estado significa a reforma do Direito com as proprias armas do Direito; em vez do Direito a serviço de uma minoria, que se hypertrophiara á sombra de preceitos juridicos do Estado antigo, defendidos pelos principios liberaes, o Direito a serviço dos interesses geraes, isto é, interessès dos individuos considerados substancialmente. Noutras palavras, a asseguração das possibilidades de valor, e não a simples liberdade pessoal e a igualdade formal, com que se satisfazia o Estado liberalista.

Não é possivel reduzir o Direito ao direito individualistico, ao direito em que o Estado só se justifica para assegurar a *posse* de cada um, considerado como Unidade, ainda que esta posse seja a concreta submis-

são de Outro, ou de Muitos. Tanto é direito este, quanto o universalistico, nas formas extremas das theocracias e da ditadura do trabalho, e quanto o corporativo.

O direito precisa ser definido, firme, nos pontos principaes. O Estado contemporaneo, que exige o *sentido* da organização interna, não póde prescindir de forte construcção juridica. Um dos seus intuitos capitaes é governar a ordem economica, que é a mais instavel, a menos docil, a mais fluctuante e vária. Comprehende-se que reclame univocidade, nítida concepção ideologica, efficacia e segurança de plano. Muitos observadores superficiaes confundem taes exigencias de precisão e perseverança, de continuidade e de coherencia, com o arbitrario dos absolutismos. Diz-se que o direito soviético não pretende instituir a segurança juridica e sim, tão só, a ditadura do proletariado. Não deixa, por isto, de ser direito. O direito dos outros povos pretendeu e conseguiu fortalecer e realizar "outras" concepções.

5. *Visão de conjunto*

O Direito não caracteriza o Estado, mas o Estado bem se caracteriza pela attitude, que assume, de se fazer *caracterizado* pelo Direito. Onde ainda não ha Estado já ha Direito. Onde ha Estado já as forças actuantes e consentidas criaram ao Estado o poder de *exprimir* o direito, de criá-lo, de alterá-lo, de reconhecer ou não reconhecer o direito das outras collectividades. O Estado caracteriza-se por esta *preponderancia* e não pelo Direito mesmo, Estado e Direito presuppõem-se reciprocamente, ou o Direito é um *prius*? O Direito é um *prius*, porque *prius*, em relação ao Estado, é a Sociedade. Isto não quer dizer que seja o Estado obrigado a determinado direito, — é obrigado ao

direito internacional e a principios de direito que constituem bases da civilização. Nem o Estado tém de adstringir-se ao direito individualistico (concepção individualistica da prioridade do direito), nem o Estado faz e desfaz, á vontade, o Direito (concepção universalistica da prioridade do Estado), nem ha identidade entre Estado e Direito (concepção da doutrina *organica*), nem a correlatividade necessaria entre Estado e direito, como pretende, agora, o Estado fascista. O Estado *succede* ao Direito. Direito é *prius;* mas o Estado exerce ou mantém-se em attitude de potencial intervenção na criação ou revelação do direito: o Estado legifera; fazendo-se expressão juridica da Sociedade, submete-se ao Direito: identifica-se com elle; finalmente, institúe relações reciprocas: os dois são correlativos. Tal a concepção integralista; vale dizer: o Estado e o Direito a serviço dos *fins* (Estado integral e univoco).

Pelo Direito, o Estado affirma os seus fins, traça a si e aos seus subordinados, individuaes e collectivos, centrifugamente, as linhas da actividade possivel. Pelo Direito, o Estado assegura a si e aos seus subordinados a ordem juridica, que é fixadora, acautelante, estabilizante, e a sua propria ethicidade. Pelo Direito, o Estado faz-se estructural, organico, coherente. Pelo Direito, o Estado debuxa os limites da esphera de actividade indispensavel ao desenvolvimento das personalidades (deve fazê-lo sem ferir o minimo além do qual se cancellaria o Individuo e sem conceder a liberdade sem peias, nociva aos outros individuos), e procede á *subjectivação* de tudo que lhe mereça *differenciar-se* perante elle (nisto, deverá ater-se aos *dados* reaes, á vida, para que sejam coexistensivos Estado e Sociedade).

Individuos, collectividades (os syndicatos e as outras collectividades economicas, instituições ethicas, scientificas, religiosas, municipios, provincias), e Estado,

80
I.D.P.

subjectivando-se no direito interno, eliminam o antagonismo juridico-politico; *participando* da actividade do Estado, integram-se ethica e politicamente; e *persuadindo-se* de que todos (Individuos, collectividades, Estados) *encontraram* ou se *aproximam* de formulas favoraveis ao aperfeiçoamento e pujanças proprias, perseveram e defendem os *fins*, ou o *fim*, do Estado.

CAPITULO III

ESTADO E RIGIDEZ DAS CONSTITUIÇÕES

Na superficie interna do Estado, tres phenomenos resaltam: o poder estatal ou constitutivo, o caracter politico-juridico do Estado, a constituição, que é expressão resultante daquelle *poder* e desse caracter. Em todo Estado, ha o poder estatal, uma ordem juridica e um direito constitucional. E' este o direito *immediato* do Estado, o direito que fica entre a communidade internacional e a actividade legislativa, judiciaria e administrativa dos orgãos do Estado.

Aqui, duas theses temos de desenvolver: *a*) a critica, que fazem entre si os que sustentam a necessidade de verificar-se a constitucionalidade das leis e os que a negam, péca pela carencia de objectividade; *b*) o problema póde ser estudado scientificamente, independente de determinado systema juridico, pelo *dado* real, que encerra.

A's theses liga-se uma questão technica: a da defesa da Constituição. A quem confiar a guarda da Constituição? Aos *individuos?* Foi a solução das Constituições francesas de 1830 e 1848, das Constituições da Cidade livre de Danzica, de 15-17 de novembro de 1920-14 de junho de 1922, art. 87, e da Grecia, de 2 de junho

de 1927, art. 127. Ao *Chefe de Estado?* E', rigorosamente, a solução alemã. Ao *Poder Judiciario*, á *Suprema Côrte?* Solução americana e, hoje, com theorias novas, da Austria e de outros Estados.

A guarda pelo individuo é a *atomização* da guarda pelo povo, estranha subjectivação individual do *direito de revolução* em *estado de necessidade*, do *direito de resistencia*. Ora, o que se pretende é exactamente a *technica* que torne violencia superflua o direito de resistencia, ou, melhor, evite situações que lhe suggiram o exercicio. O que se procura é a defesa da Constituição *dentro da Constituição*, o orgão que seja obviador daquelle direito de violencia popular.

Depois do *jury constitutionnaire* ou *magistrature constitutionnelle*, inaugurada por SIEYÈS, do *Sénat conservateur* das constituições napoleonicas, a doutrina européa do Seculo XIX vê no proprio poder legislativo a maior garantia da Constituição, ao passo que, na America, se pratica a judicialidade ampla, á feição dos Estados Unidos. Esta é a melhor solução? Se é a melhor, devemos considerá-la *sufficiente* e a melhor possivel?

1. *Opposição á hierarchia das leis e da Constituição*

Muitos são os argumentos contrarios ás Constituições rigidas. Todos fracos.

Dentre os juristas (millenarmente acostumados a tratar as normas como só applicaveis a *relações*, a *factos*), os mais subtis, os fiéis áquelles esforços mentaes louvados por DESCARTES nas *Méditations* e no *Discours*, — só muito tarde proclamaram existirem "normas applicaveis a normas": o "superdireito" de ZITELMANN, que comprehende o direito intertemporal, o direito inter-

nacional privado, o processual e o penal internacionaes. Portanto, não é de espantar que espiritos europeus da primeira plana se insurjam contra a unificação constitucional das leis pela justiça, ou por lhes não parecer imaginavel a subsumpção de uma lei noutra, ou porque os choque a existencia de norma cujo campo de applicação são normas. Certo, não era isto, propriamente, o que se passava sob o systema de judicialidade ampla, se bem que regular, do constitucionalismo americano. Seria argumento contra o systema do *exame apriorico*, em que importa o da apreciação da lei ainda não feita. Deante do phenomeno geral da judicialidade dos actos legislativos, os que se revoltam allegam: que a opposição de norma a norma, resolvendo-se pela superioridade de uma, é artificial; que, havendo opposição, ha, apenas, contradicção, e o juiz, preferindo a Constituição, que reparte as competencias, a evita. Não ha nenhuma artificialidade na opposição de normas, resolvendo-se pela superioridade de uma. Por outro lado, preferir a lei que reparte as competencias e apreciar a constitucionalidade de outra é a mesma coisa. Apenas, apparece quando não devia a noção de "contradicção": a lei constitucional não contradiz a lei ordinaria, quando, fóra da competencia, ou fóra do processo elaborativo, infringe a lei constitucional.

Ponto extremamente grave para a funcção judicial da apreciação da constitucionalidade está em serem as Constituições recentes actos transaccionaes, desde que não sejam unipartidarios. Quando pluripartidarios, as formulas vagas, elasticas, plurisignificativas, acôrdos sem sentido nítido com que se protráe a univocidade da politica, permittem que se leiam coisas diversissimas, e ao juiz cabe dizer o que significam. Então, só o juiz, em verdade, lhes dá sentido: só a justiça decidirá do sentido *politico*. Nos Estados unipartida-

rios, não; a justiça não poderá ter tal funcção: tê-la-á o partido, ou o Conselho de formação partidaria, como se dá na Italia e na Russia; e até poderá occorrer que precise, alargue ou restrinja o texto literal da Constituição, por significar, na especie, coisa contraria ao fim revolucionario.

O Poder judiciario, em qualquer Estado, tém de applicar as leis constitucionaes e as ordinarias. No caso de discordancia, se aquellas existem (o que está previsto na hypothese), não seria aceitavel que se preferissem estas áquellas. Se assim não procedem os tribunaes de alguns paises, erram. Onde a Constituição é nitidamente differenciada das leis ordinarias, a razão para a preeminencia cresce. Se della consta processo regulador da feitura das leis e a lei se fez regularmente, não é lei. Já aqui começa o *judicial control*.

2. *Defensores das constituições rígidas*

Os juristas educados em Estado cujo direito constitucional separa e hierarchiza as Constituições e as leis ordinarias, dando maior rigidez e maior estabilidade áquellas e assegurando a conferencia dessas pelos textos constitucionaes, censuram a concepção da revisibilidade igual para umas e outras, por tornar igualmente *faceis* as alterações. Formalmente, a igualdade existe; mas, na pratica, os inconvenientes da facilidade de modificação não são tão grandes. Se ha duas Camaras, ou se é indispensavel o consentimento do Chefe de Estado, cria-se, *de facto*, politicamente, a distincção: não será tão facil como modificar a lei ordinaria, alterar a repartição dos poderes dos orgãos estataes. Se bem que, na lei, baste a legislação ordinaria para a modificação constitucional, obstaculos surgem, de si mes-

mos, pela importancia da *materia* legislada. Por onde se vê que o tratar, quanto á reelaboração e modificação, em pé de igualdade, as leis ordinarias e a Constituição, apenas denuncia a insufficiente evolução *technica* do constituinte originario. Ha um *dado*, que suggere tratarem-se differentemente, — *dado*, que é o da diversidade mesma, da hierarchia das duas especies de lei; e o legislador constituinte ainda não adoptou technica que attendesse á consistencia desse *dado*.

Nos povos de espirito conservador, os inconvenientes de tal insufficiencia technica não são graves. Nos outros — em geral, nas republicas democraticas — impõe-se a constituição rígida: sómente ella salvaguardará dos embates e da mobilidade da opinião a obra de formulação das línhas geraes, de estructuração estatal. Sómente ella, casando a *technica* ao *dado* (o imperativo ao indicativo, a arte politica á sciencia politica), poderá assegurar a superioridade intrinseca da Constituição.

Uma das objecções contra a technica da *superioridade* da Constituição consiste em apresentá-la como contraria á concepção do systema representativo: se o Poder legislativo representa, plenamente, o Povo, como se ha de admittir que não possa alterar a Constituição, que elle mesmo adoptou? No Seculo XVIII e no Seculo XIX, deante dos primeiros exemplos de Constituições americanas, comprehender-se-ia a inadaptação da doutrina á nova estructura das leis. Hoje, de modo nenhum. O povo póde estabelecer aos seus representantes, aos seus orgãos, as regras que bem quisér, inclusive a de respeitar, *estrictamente*, no exercicio dos poderes repartidos pelos orgãos do Estado, os textos constitucionaes. Se reputa a rigidez da Constituição elemento necessario á estabilidade das instituições fundamentaes, o Poder legislativo recebe competencia *den-*

tro da regra constitucional, regra não susceptivel de modificação pelo rito ordinario das leis. O preceito constitucional que assim estatúe *deixa* fóra da competencia do Poder legislativo a alteração da Constituição, como deixou fóra da competencia delle tudo que attribuiu ao Poder judiciario e ao executivo. O povo procede á repartição das competencias; os principios que o inspiram não o obrigam a conceber o Poder legislativo ordinario como Poder constituinte. Pelo contrario: se o Poder legislativo é um dos poderes, se da Constituição provém a competencia de cada um delles, obvio é que se superponha aos *poderes* constituidos o poder que os constituiu.

Muitas objecções feitas ás constituições rígidas assentam num só argumento: o de se difficultar enormemente a modificação de regras que, por sua natureza, precisam attender á experiencia e á mudança das circumstancias. Aqui, erra-se o alvo. O inconveniente deriva de defeito de technica, e não da technica da constituição rígida. Errado foi o criterio com que se alargou o conteúdo da Constituição. Erro na *technica do conteúdo*, e não na *technica da Constituição em relação ás outras leis*. Occorre o erro quando nella se incluiram materias de direito administrativo, penal, intertemporal, e civil. Immobiliza-se, desaconselhadamente, o que é de si movel e mudavel. Dá-se primeira plana a regras secundarias. Constitucionaliza-se assumpto de leis ordinarias e, talvez, de pura administração. Ou, com isto, se expõe o Estado a permanencias juridicas contrarias aos interesses publicos, ou a propria Constituição a revisões frequentes.

Melhor *technica* do conteúdo é a que procede á determinação scientifica do que deve ser o nucleo central, o plano de vida, rígido, do Estado. A Constituição offerecerá resistencia a innovações, a vontades impetuo-

sas e, talvez, passageiras, nos pontos em que tal *resistencia* é aconselhada. Aqui, o defeito estaria em se postular a *irrevisibilidade*, em se querer que a Constituição fosse *perpetua*, ou pelo facto de se conceber como tal, ou pela carencia de regras concernentes á revisão. Tal perpetuidade é illusoria, ainda quando expressa na lei. Se se não cogitou das modificações, como occorreu com a Carta francesa de 1830, com mais forte razão, — inaceitavel, hoje, como então, a conclusão de TOCQUEVILLE[1]: "une partie de notre constitution est immuable, parce que qu'on l'a jointe à la destinée d'une famille, et l'ensemble de la Constitution est également immuable, parce qu'on n'a point les moyens légaux de la changer". Se é a Constituição que se diz perpetua, qualquer revolução poderá pô-la abaixo.

Tambem quanto ás questões deixadas sem solução, e para as quaes seria de mistér a revisão, o argumento attinge a *technica do conteúdo*, e não a da rigidez. O mal não está em se ter de recorrer a processos demorados, que são os das revisões constitucionaes, e sim em se não ter previsto o modo de preencher estes brancos com os elementos da propria Constituição em vigor: ou seja pela *revelação livre* de nova regra, até que o legislador constituinte providencie; ou pela applicação de regra de preenchimento dos claros escapos á enumeração.

Do que dissemos já algumas conclusões se nos impõem: 1) a superioridade e a relativa immutabilidade da Constituição são suggestões dos factos, um *dado;* 2) a technica, — recorrendo á adjuncção de elementos religioso-moraes, como o juramento, ou puramente

1. TOCQUEVILLE, *Démocratie en Amérique*, Paris, 1850, vol. II, p. 308, nota 12.

technicos juridicos, como o *judicial control* e a apreciação *in abstracto* da inconstitucionalidade, — vém evitar que se inutilize, aos golpes e aos impetos das circumstancias passageiras, a suggestão da realidade, o *dado* da superioridade intrinseca e da relativa immobilidade da Constituição; 3) as objecções á technica do conteúdo de maneira nenhuma attingem á technica da hierarchia e da maior permanencia da Constituição.

3. *Posição do problema*

O problema da *constitucionalidade das leis*, — não cabendo distinguir de onde ellas procedem, se da legislatura federal, se das entidades componentes da federação, se dos municipios ou communas, — nada tém com o problema das relações entre o Estado e os membros da federação; *tanto assim que póde surgir nos Estados unitarios*. Cumpre, portanto, separá-los. A hierarchia entre a Constituição e as leis ordinarias, ou entre a Constituição, certas leis que exigem maior *quorum* e a legislação ordinaria, constitúe acquisição tendente a maior efficiencia da Constituição e á corrigenda dos excessos do poder legislativo, ou, tratando-se de decretos, do executivo.

Quanto á constitucionalidade, todas as entidades do Estado federal são *igualmente subordinadas*, porque a Constituição incide, com igual força, em todas. Não é o mesmo dizer, como pretende KELSEN, que Estado e collectividades-membros sejam juridicamente iguaes[1]. Que significaria serem juridicamente iguaes,

---

1. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 199 s.; — *Die Bundesexecution*, em *Festgabe für Fritz Fleiner*, 1927, p. 127 s.

se a ordem juridica de um é abrangente, e a outra parcial, limitada ao territorio da entidade componente, e se as attribuições legislativas são differentes? Se juridicamente iguaes significa que todas as leis devem ser conferidas com a Constituição, então é aceitavel a expressão, e todas serão, por seu turno, inclusive a Constituição, igualmente conferiveis com o direito internacional. Não é particularidade do Estado federal. Em todos os Estados, em que haja apreciação da constitucionalidade das leis, a legislação geral, como a de determinada circumscripção, a de largo conteúdo material, como a restricta, têm de ser submetidas á verificação da legitimidade. A Constituição sobrepõe-se a todos: á entidade estatal, ás componentes, aos proprios individuos; e a todos os orgãos do Estado. A subordinação é que é igual. Todos são igualmente subordinados á Constituição. No momento em que a Suprema Côrte decide, é a nação, o Estado, que se pronuncia. O Estado federal e as entidades componentes não são iguaes; porque só aquelle é Estado, no sentido proprio, só elle recebeu a competencia immediatamente distribuida pelo direito internacional, no que differe da Confederação, onde todos os componentes se reservam o contacto com o direito internacional. Por isto mesmo, os constitucionalistas norte-americanos e os brasileiros (desde 1891) ensinaram que a Côrte Suprema é a voz da Constituição. Não diziam que era a voz da Federação, da União, ou do Estado federal. Quando, hoje, KELSEN nos diz que não é orgão do Estado federal (*Bund*) nem dos Estados particulares, e sim da *communidade total*, da *Gesamtgemeinschaft*, e os seus criticos sustentam que é indemonstravel a existencia de tal communidade total, que englobe o Estado federal e os Estados particulares, não podemos ficar com aquelle nem com estes. Estes entendem que a Suprema Côrte é orgão federal, orgão do

Bund, um dos tres poderes federaes; aquelle separa o orgão federal e o da communidade total. Realmente, no momento em que julga a lei federal, a Côrte Suprema se sobrepõe ao poder legislativo e ao executivo, porém não de modo a criar nova entidade, que seria a terceira, acima do Estado federal, e, *a fortiori*, das collectividades componentes. Toda a divisão está em se pôr mal o problema. Não são as entidades componentes que elaboram a Constituição, nem é o Estado *federal* que a faz: o poder *estatal* reside no povo, e delle procede; o povo, constituindo o Estado federal — ainda quando este provenha de *tratado*, que deixe, pela execução, de ser tratado, uma vez que desapparecem os Estados contractantes — *constitúe*, simultaneamente, o governo central (*Bund*) e os Estados-membros, ou paises, nas relações entre si. Para o povo, como para o direito internacional, o Estado federal e o Estado unitario são o mesmo Estado, *apenas* internamente ha a cisura "governo" geral e "governos" regionaes. Assim como a communidade internacional não admitte que se *parta* o Estado, ainda quando permitte que um Dominion tenha legação, assim tambem a Constituição, no que interessa ao povo, não póde scindir ordem juridica federal e regional (ou dos Estados-componentes) quanto á subordinação aos seus principios. No Brasil, a despeito da imitação dos norte-americanos, União significava Brasil, unica realidade social nitida que se encontrara em 1889-1891, e os orgãos federaes eram orgãos do Brasil, orgãos geraes integrativos, de modo que, se, para o direito internacional, ser Estado unitario ou federativo não tém sentido, porque todos são Estados, só havendo differença entre Estados e Confederações (nestas, ha o contacto com a Confederação e os Estados confederados), — para o povo brasileiro, *vindo da unidade*, o Estado central representa *unidade*, e *fracções* os Estados particulares. A technica

norte-americana da Côrte Suprema *voz da Constituição* obtinha excellente apparelho integrativo.

No Brasil, vinha enquadrar-se, perfeitamente, na consciencia juridica e historica, por ser o orgão adequado, seguro, commodo, connatural a povo que "adoptara", em vez de "viver" o federalismo. A idéa federal fôra caminho conscientemente tomado, opinativo, (que *podia não ter sido*), como, recentemente, aconteceu á Austria. Alludimos á imitação norte-americana; mas, rigorosamente, que é que se passou nos E. U. da America do Norte, senão a juncção de colonias e, depois, a constitucionalização por *We the people of the United States?* Que é que se obteve, com os principios democraticos, com a constitucionalidade das leis, senão o Estado federal sem fundamento federal? A expressão, felicissima, é de CARL SCHMITT, que assaz se interessou pelas relações entre a democracia e o federalismo, na feição resultante da *homogeneidade* federal: "A combinação de democracia e organização de Estado federal conduz a um typo especial, autonomo, de organização estatal, ao Estado federal sem fundamento federal. Apparentemente, é conceito contradictorio[1]". Os Estados Unidos da America do Norte não foram typo federal puro. Já o *Federalist* (1788, n. 49) lhe reconhecia o caracter compósito.

O fóco do poder organizador — o povo, nos Estados democraticamente constituidos — quando adopta o *judicial control* ou processo equivalente, apenas *reconhece* que uma lei que reparte os poderes dos orgãos estataes é logicamente superior ás outras leis e, relativamente, immutavel. A abrogação deve depender de nova lei

1. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, München u. Leipzig, 1928, p. 389: «Bundesstaat ohne bündische Grundlage».

constitucional, edictada por outro poder constituinte, na forma preestabelecida, ou não (movimento revolucionario popular, que ponha abaixo a Constituição). Outra consequencia consiste na *illegalidade* das leis contrarias á Constituição.

As revoluções populares e os golpes de Estado podem manter ou derrubar a Constituição: os effeitos serão apenas o de se apagar, por um momento, e para certo sector, a luz da juridicidade, assegurando-se, luzes acêsas, a juridicidade restante ou a daquelle sector obscurecido a partir de determinado momento; ou totaes, destructivos. A regra é não se considerarem revogadas as leis ordinarias, ainda que o tenham sido, no todo ou em parte, as Constituições. Resalva-as a compatibilidade dellas com os differentes regimes. Se o regime implica adopção de principios novos, por absorpção estatal de novo sector (a economia, por exemplo), ou pela liberdade ou desestatalização de algum sector (liberdade de cultos e separação da Igreja e do Estado), os effeitos derogatorios são normaes. Os novos principios victoriosos operam quanto ás leis ordinarias, como operariam os preceitos de Constituição já promulgada. Se a Constituição derrubada continha preceitos de ordem penal, civil ou administrativa, sem ligação necessaria á Constituição — defeito de *technica do conteúdo* — a derogação não se dá quanto a elles, porque os incluira o proposito de lhes assegurar maior estabilidade ou cerceamento da actividade legislativa. Com o desapparecimento da Constituição, isto, e não os preceitos, desapparece. O artificial cáe; desfaz-se o laço ficticio: as regras, inconfundiveis em sua concepção, ficam. Os novos principios constitucionaes ou as novas Constituições pódem ou revogá-las, ou mantê-las expressamente, ou desinteressar-se da solução, ou reconstitucionalizá-las. Se a Constituição caiu e elles não cairam, pelo desdar do nó

que os prendia ao corpo da carta fundamental, deixaram de ser constitucionaes. Só artificialmente o eram; o natural volta. A reconstitucionalização, que viér, terá de operar *ex nunc*. No tempo que medeou entre a quéda da Constituição e a nova, foram preceitos de lei ordinaria.

A revolução triumphante, que, em qualquer ponto, deroga a Constituição, deixa-a, no mais, sem o coefficiente de maior estabilidade e sem o cerceamento da actividade legislativa, porém com a *superioridade* intrinseca em relação ás outras leis, *dado* ainda reconhecido pela nova ordem. Resta saber se, derogada num só ponto a Constituição, se esta superioridade-*dado* e a superioridade-*technica* devem ser tratadas na mesma plana. Noutros termos: se o preceito só facticiamente se incluiu (*technica do conteúdo*), deve ser tratado como se trata o preceito que é constitucional por sua natureza? A questão é de interpretação: questão de saber se a nova ordem quis *só* derogar aquelle ponto, ou pontos, que derogou, ou se derogou aquelle ou aquelles pontos e desligou o laço artificial que a technica da Constituição déra entre os preceitos de natureza não-constitucional e a Constituição.

O poder derogativo póde ser exercido aos poucos, ou por degráus, até a completa ou quasi completa revogação. Fica isento das peias do cerceamento legislativo ou coefficiente de estabilidade.

4. *Judicial control*

O poder de verificar se um facto é constitucional ou não, quer exercido pela Justiça, quer pelo Poder legislativo, quer pelo executivo, implica exame do *acto do orgão* (o mesmo não seria dizer o *acto do Estado*). Por sua natureza, é *transcendente;* porém não transcenden-

te em relação ao Estado, um de cujos orgãos é que verifica: *transcendente* quanto á actividade dos outros orgãos. O raciocinio vale tanto para o Estado federal quanto para o unitario. A supremacia do judiciario, ou constitúe vicio, ou funcção especializada de ordenação social; de modo nenhum justificaria que se elevasse á categoria de terceira ordem juridica. A supposição de que todas as regras constitucionaes davam direitos individuaes e a subordinação de todos os actos ao exame judicial levaram as Supremas Côrtes americanas á solução *judicial* de questões que eram, no fundo, não só morphologicamente politicas (extensão brasileira dos *habeas corpus* aos que invocavam estar investidos de funcções politicas[1]), como tambem substancialmente politicas, difficultando a evolução do direito privado e do direito chamado social. Foi o que se deu, nos E. U. da America do Norte, com a legislação do trabalho das mulheres e das crianças. Existe, pois, um termo *intercalar* ou *superior* que póde ser descoberto, entre a concepção necessaria do *judicial control* e a concepção européa. O mal americano está em que se permitte á Suprema Côrte ir até a questão *politica*, obrigando os juizes ao *crypto-constitucionalismo*, ao defrontar de soluções *juridicas* deduzidas de textos que não permittem a deducção, para que, com isto, se atenham no terreno da subsumpção ordinaria do caso no preceito. No fundo, uma falsificação raciocinante.

Ou a justiça se deve limitar ao seu mistér especifico (então, applica a Constituição, como applica outras leis, e, na discordancia entre ellas, aquella), sem que isto signifique não poder descer á concordancia entre os pre-

1. Pontes de Miranda, *Historia e Pratica do Habeas Corpus*, Rio de Janeiro, 1916, p. 165 s.

ceitos ordinarios e os principios geraes (demasiado geraes) da Constituição, quando manifestamente apuravel a subsumpção ou não subsumpção daquelles nestes; ou deve ter *duas* missões, — inconfundiveis, porque de methodos *ainda hoje* differentes: o simples julgar e a *ordenação constitucional*. A confusão levou á desordem doutrinaria americana, que só a casuistica, de si mesmo mudavel, consegue praticamente attenuar. Sommem-se a isto as concordancias principiologicas, a *reasonableness*, a *expediency*. Neste ponto, bem mais prudente foi o Supremo Tribunal Federal do Brasil sob a Constituição de 1891. A *equidade* nunca serviu de fundamento a decisões que apreciavam inconstitucionalidade de lei; se bem que se tenha usado e abusado da regra sobre irretroactividade das leis que se achava na Constituição de 1891 e permaneceu ainda, golpeada por decretos discricionarios, sem qualquer base juridica, sob a ditadura de 1930.

Os E. U. da America do Norte e os seus seguidores consagraram a competencia occasional[1] da justiça para o *judicial control*, exercivel incidentemente, e lhe deram a largueza de uma abrangencia integral. Não foram até onde deviam ir e foram até onde não deviam: restringiram o exame á eventualidade *individualistica* das acções propostas; levaram o poder de decidir *judicialmente* até onde a construcção teria de ser *politico-juridica*, e não só juridica. A Suprema Côrte faz politica, crendo julgar; mas deixa de julgar onde caberia julgamento (os casos que não foram sob a forma de "*real*", "*actual*" *case*), por lhe parecer dominio politico.

1. A expressão é de TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, em *Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, fasc. V, p. 26.

Ora, no fundo, dois erros: tal dominio não é politico; e politico é o outro julgamento.

Vamos a ver o que nos ensina a Europa das constituições recentes. Na Alemanha, só onde se dê a completa subsumpção, a justiça póde apreciar as leis e os actos dos outros poderes, — isto, aliás, nada tem com o methodo de interpretação[1]: exige-se a sujeição concreta á lei, porque só neste terreno é independente o juiz; cabe-lhe a missão especifica, e tão sómente ella. Na Irdanda (arts. 65, 66) e na Grecia (art. 5, e disposição interpretativa), adoptou-se o systema americano. A Austria (arts. 89, 139, 140) criou corpo á parte, ao qual vão as questões de constitucionalidade das leis e *regulamentos*, por provocação de outros orgãos do Estado, inclusive tribunaes perante os quaes se objecta contra a lei ou o *regulamento*. A Tchecoeslovaquia tambem criou Côrte constitucional (é de notar que o fez a Lei de 29 de fevereiro de 1920, preliminar á Carta constitucional, arts. II, III), composta de dois juizes tirados á Côrte administrativa, dois á Côrte de Cassação, eleitos por seus collegas, e tres membros, um dos quaes o presidente, nomeados pelo Presidente da Republica.

A Baviera (§ 70), a Estonia (§§ 3, 86), a Lituania (art. 3) e a Rumenia (art. 193) consagram o *judicial control*, nos casos concretos. A Polonia (art. 81) estatúe que os tribunaes não são competentes para examinar a validade das leis regularmente publicadas.

Na Italia, a Lei de 9 de dezembro de 1928 do *Gran Consiglio del Fascismo* introduziu no direito publico italiano a distincção entre *lei de caracter constitucional* e lei *ordinaria*. Mediante preceito de direito positivo,

1. Cp. H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Länden*, em *Festgabe für Kahl*, 1923, p. 52.

que regulou o processo para a modificação das leis de caracter constitucional, deu-se todo relevo *formal* ao conceito de lei *constitucional*. Trata-se de lei de ordem hierarchica superior, por seu modo de feitura, imposto em attenção ás materias sobre que versa, e não por emanar de poder constituinte, com orgãos distinctos do poder legislativo ordinario. A consequencia pratica é a verificação judicial da *legitimidade*. Segundo o art. 12, é obrigatoria a audiencia do *Gran Consiglio* a proposito de todas as propostas de lei de caracter constitucional, e são sempre de tal caracter: 1) a successão ao trono, as attribuições e prerogativas da Corôa; 2) a composição e o funccionamento do *Gran Consiglio*, do Senado do Reino e da Camara dos Deputados; 3) as attribuições e as prerogativas do Chefe do Governo, Primeiro Ministro Secretario de Estado; 4) a faculdade do poder executivo de ditar norma juridica; 5) o ordenamento syndical corporativo; 6) as relações entre o Estado e a Santa Sé; 7) os tratados internacionaes, que importem alteração ao territorio do Estado e das Colónias, ou renuncia á acquisição dos territorios.

5. *A solução austriaca*

Na Austria, o governo geral póde vetar os textos de leis locaes que lhe pareçam prejudiciaes ao interesse da Federação (art. 98, § 2). Não se trata de verificação da constitucionalidade, e sim de *acto politico*. O ministro federal competente póde recorrer para a Alta Côrte administrativa contra actos das autoridades administrativas das Provincias quando lesivos dos interesses da Federação, nas questões dos arts. 11 e 12 (art. 129, 3º, *b*). O art. 138 regula a competencia da Alta Côrte Contitucional nos conflictos entre as Provincias ou entre uma Provincia e a Federação (art. 138, *c*). O n. 2 do art. 138

dá á Alta Côrte Constitucional o direito de decidir, por provocação do governo federal, ou do governo provincial, "se um acto de legislação ou de administração entra, segundo os arts. 15 a 15, na competencia federal ou provincial", e o art. 139 manda que a Alta Côrte estatúa: sobre a illegalidade dos regulamentos das autoridades federaes ou provinciaes, quer por proposição dos tribunaes, quer, em se tratando de regulamento que deva servir de base a uma das suas decisões, de officio; sobre a illegalidade dos regulamentos das autoridades provinciaes, por proposição do governo federal; sobre a illegalidade dos regulamentos das autoridades federaes, por provocação do governo provincial. O n. 2 do art. 139 constitúe novidade: "A decisão da Alta Côrte Constitucional que pronuncia a annullação de um regulamento obriga a autoridade competente a publicar immediatamente a annullação; *a annullação entra em vigor no dia da publicação*". A parte que pusemos em letra grypha é desaconselhada: ou era illegal e neste caso sempre o foi; ou não o era; a annullação a partir da publicação não se comprehende. O art. 140, que a 2ª Novella de 7 de dezembro de 1929 modificou, cogita da competencia da Alta Côrte Constitucional para conhecer da inconstitucionalidade da lei federal ou do país, por provocação da Côrte judiciaria suprema ou da Côrte de justiça administrativa, desde que a lei constitúa dado de julgamento a ser proferido pela Côrte de que emana a acção; de officio, se a dita lei constitúe dado de julgamento a ser proferido pela propria Côrte de Justiça constitucional; da inconstitucionalidade das leis de um país, a pedido do governo federal; da inconstitucionalidade das leis federaes, a pedido do governo de um país.

Os commentadores do texto austriaco, inclusive KELSEN, que foi um dos inspiradores da Constituição,

entendem que se trata de innovação, devida á concepção kelseniana da igualdade juridica entre Estado federal e collectividades locaes. A pratica e a theoria no Brasil, desde todo o principio, não foi outra, e tal igualdade (se cabe aqui cogitar de igualdade, quando o que se dá é a igual subordinação de todos os apparelhos governamentaes á Constituição) apenas traduz a exigencia, politica e juridica, da *juridicidade* integral de todos os actos legislativos, a unidade do direito nos principios a que se concedeu, na Constituição (por motivos que devem ter sido pesados, apreciados e conferidos, pelos constituintes), maior *estabilidade*.

Entende KELSEN que a ordem juridica central não é ordem total; e sim, como as locaes, parcial. Por isto, todas se submetem á Constituição, que nos dá a ordem *total*. Por conseguinte, tres ordens juridicas: a total (*Gesamtrechtsordnung*), que é a da Constituição, e engloba as outras; a do Estado central, que é parcial, porque recebe da Constituição certa competencia material, devolvida; e a dos Estados membros, que é duplamente parcial, por seu conteúdo material e pela extensão territorial (*Teilrechtsordnung*). A Constituição federal delega as competencias federal e locaes[1].

Engenhosá a theoria, mas scindente de coisas inscindiveis. Não ha distincção possivel entre o Estado nacional (federal) e o Estado do momento da Constituição: o que existe, no terreno da technica politico-juridica, é expediente de subordinação das forças nacionaes mutaveis a *texto fundamental*, a que elementos moraes, internacionaes, conferem maior estabilidade. Por

1. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 199 s.; — *Die Bundesexecution*, em *Festgabe für Fritz Fleiner*, 1927, p. 127 s.

isto mesmo, as constituições não ficam no terreno puramente politico-juridico. Digam ou não digam que Deus está presente, que as juraram os constituintes ou os povos, ponham, ou não, em relevo os dados moraes que as prestigiam, ellas *nascem* e *precisam* nascer com elementos extrajuridicos. Se fossem simples phenomenos politico-juridicos, a *estabilidade* seria igual para ellas e para as leis ordinarias. O direito, consagrando-a com maior estabilidade, cercando-a de garantias e orgãos de defesa, tornou *expediente juridico* o que fôra, inicialmente, o resultado de normas juridicas *accrescidas de factores estabilizantes* (Religião, Moral). Quando KELSEN vê, na respeitabilidade maior da Constituição, signal de ser total, e parciaes a lei federal e as locaes, esquece-se de que a Constituição tambem não é *total*, não enche toda a ordem juridica do Estado, e muitas vezes se limita a pontos capitaes de organização. Confunde *totalidade* com *principalidade*. A Constituição é principal, porque *prevalece*, porque exterioriza, na ordem juridica, as suas propriedades estabilizantes, que a doutrina do direito publico colheu no complexo social dos dados religiosos e moraes, que cercavam, de regra, as constituições. Se é principal, não é total. A cisura não se justificaria entre tres ordens, se ella fosse total; e justifica-se, se é principal. Total ella não é, porque não preenche tudo. Pelo simples facto de proceder a operações de repartição das competencias não se totaliza, não engloba outras ordens juridicas. Se ella fosse a ordem total, total não seria, rigorosamente, senão o direito internacional, que a autorizou, pela distribuição primaria do Estado.

Entendeu-se que a concepção austriaca das tres communidades obrigava á criação da Alta Côrte Constitucional, que correspondesse á communidade total. Sem razão. Primeiro, porque a separação dos orgãos

não é necessaria, admittindo a Constituição austriaca, como admittiu, a unidade de justiça; segundo, porque os factos teriam provado contra a concepção, uma vez que os outros Estados federaes não possuiam a novidade de tal especificidade organica. O problema teria de ser posto no terreno da *technica dos orgãos do Estado,* e não da *estructura das entidades componentes.* Naquelle, accumular na Suprema Côrte a funcção judiciaria commum, federal, e o exame da constitucionalidade das leis e dos actos federaes e locaes, como é a regra, póde provar melhor, ou pior, que dividi-la em duas Côrtes, uma das quaes especializada na verificação constitucional. Qualquer que seja a solução, não se pódem tirar conclusões que justifiquem a concepção binaria ou a ternaria das communidades. Se a technica, que apenas cria o apparelho, criasse natureza, se o vaso que esculpi criasse natureza que não é a da materia com que o fiz, então, no proprio Estado unitario, quando adoptado o systema do exame constitucional dos actos legislativos e executivos, existiriam duas communidades, uma das quaes representada pela Côrte verificadora e outra pelos orgãos subordinados á vigilancia.

O povo, com o principio da constitucionalidade das leis e dos actos dos poderes, quer que os orgãos do Estado não fiquem livres de verificação juridica. O corpo, a que se dá a vigilancia, ou o corpo e a pessôa, ou só a pessôa (Chefe de Estado) exerce funcção ligada ao poder constituinte, é o instrumento de auto-defesa da Constituição, das forças que, *no momento dado,* acharam as *formulas de equilibrio,* traduzidas nos textos constitucionaes. Toda a ordem juridica será vigiada, inclusive as reformas constitucionaes, quanto á observancia das formalidades necessarias, desde a legislação geral, até as Constituições dos membros da federação e as leis destes.

O defeito da theorias de KELSEN é que são intellectualmente construidas, feitas com linhas e superficies; falta-lhes o cubo de dado historico, a verdade sociologica. Em quanto o direito não *recebeu* o facto social da Constituição (phenomeno juridico *succedaneo* de phenomeno religioso ou moral), as Constituições continuaram iguaes ás leis, e foi experimentada, desde o Seculo XVII, toda a escala dos defensores possiveis, unos ou multiplos. Nem por isto deixaram de existir federações, nas quaes Constituição e lei federal — juridica e mecanicamente (mesma estabilidade) — se valem.

Desde que encaremos de outro dominio (Direito, Sciencia) a principalidade e a maior estabilidade da Constituição, temos de criticar o expediente[1]. A Constituição que permitta retirar ao acto legislativo a sua *consistencia especifica* desserve ao Direito. A Constituição que contenha regras rígidas desacertadas prejudica enormemente a vida social.

1. Exemplo em obra nossa, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. II, p. 422. A constituição *tambem* precisa ser conferida, controlada: a Sciencia, que é menos estavel que o Direito, só assim póde pensar.

PARTE III

As infraestructuras politicas

CAPITULO I

CONCEITO DE ESTADO E GRADAÇÃO DO ESTADO FEDERAL

Os Estados são os principaes sujeitos do direito internacional publico. Só o conceito que se extrae de tal direito nos serve para distinguir collectividades que são Estados e collectividades que não são Estados. Como surge e como desapparece tal subjectividade, só o direito internacional nos póde dizer. Collectividades ha que são personalidades de direito interno e não no são de direito internacional; seria inaceitavel que se considerasse a personalidade de direito internacional como reflexo ou consequencia da adquirida no direito interno. Casos occorrem em que esta se nega quando aquella já se firma. Por outro lado, nem todas as pessôas de direito internacional são Estados; de modo que, de regra, a noção de Estado, que nos dá o direito internacional, corresponde á que se encontra na historia politica e no direito publico interno. Porque? Porque o direito internacional, distribuidor primario das competencias, não póde proceder *arbitrariamente* no determinar, *de fóra*, do plano internacional, quaes as entidades a que deva attribuir a qualidade de criadores da propria ordem juridica interna.

1. *Conceito de Estado*

O arbitrio só deixa de existir com o surgimento de criterio objectivo. Esse criterio ha de ser o da consulta aos factos, aos dados de experiencia, que apontem, dentre as collectividades, aquellas que merecem, mediante elementos reveladores — apreciaveis *de fóra*, na ambiencia internacional — a distribuição da competencia. O substrato não passa a ser de direito interno; é realidade da vida social, uma de cujas manifestações é a existencia no direito interno. Aliás, a apparição dos primeiros Estados, dos velhos Estados, não é anterior ao advento da communidade internacional. Para ser *causa* da formação da communidade internacional seria preciso que as relações *entre* elles pudessem ser todo o direito internacional e *anteccdê-lo;* que fossem os negocios juridicos que criassem o direito; que a affirmação do direito já não fosse, ao estabelecer-se a primeira relação hypothetica, affirmação *acima* dos Estados.

Se descemos a analyse mais profunda, vêmos que, antes dos Estados propriamente ditos, conceito de elaboração internacional, já existiam regras entre as collectividades, de que provêm, ou a que succederam os Estados. Por consequencia, a transformação do direito acima dellas em direito internacional deve-se a factores diversos, entre os quaes, e principalmente, está a mesma realidade que fez com que os Estados procedessem de outras collectividades ou succedessem a estas. Como quer que seja, não se póde dizer que os velhos Estados formaram a communidade internacional: a communidade internacional promanou da communidade que se sobrepunha ás collectividades de que procederam ou a que succederam os Estados. Portanto, o direito internacional não é reductivel a ordem juridica produzida pelos Estados e portanto posterior aos Estados.

A existencia do direito internacional suppõe sujeitos de direito internacional, porém seria tão erroneo dizer-se que da existencia de taes sujeitos procede elle, como affirmar que o direito civil existe por existirem e terem-no causado as pessôas juridicas. A ordem juridica que dá o conceito de sujeito não póde ser effeito da subjectividade. O direito não existe porque existem sujeitos. O direito é que faz os sujeitos.

No determinar quaes são os sujeitos do direito internacional e, particularmente, quaes são os Estados, ou o que é Estado, o direito internacional tém o seu methodo, que não differe, em si, do methodo de todo direito: verificar se o ente se comporta como sujeito, isto é, se ha o complexo de circumstancias que apresente a realidade como *phenomeno estatal*. No fundo, uma classificação segundo criterio que é dado pelo conceito de Estado, tal como o adopta o direito internacional, susceptivel, neste como em tudo mais, de evolução, não só devida á transformação da realidade como á maior exactidão, precisão e segurança do conceituar. Aliás, no proprio direito interno, a exigencia de publicidade, registo e outras formalidades, para que adquiram personalidade as collectividades, não decorre da natureza da personificação; a historia da antiguidade e do medievo nos mostra a espontaneidade com que ellas vinham até á ambiencia, pelo poder suggestivo da propria realidade que nellas havia.

A technica do direito constitucional teve de procurar fixar os dados exigidos á realidade de uma collectividade para merecer a personalidade internacional, particularmente para se considerar como Estado. Aqui, como seria de prevêr, a opinião se dividiu entre os que vêem no reconhecimento a comprovação da existencia da personalidade do novo Estado surgido e os que lhe dão caracter criativo. Estes começam por se não acor-

darem quanto ao caracter do proprio acto, unilateral para uns, bilateral para outros. Numa e noutra feição, cada novo Estado seria personalidade internacional em épocas differentes, conforme os reconhecimentos obtidos. Teriamos a variabilidade indefinida no tempo, perturbadora da homogeneidade da ordem juridica.

A difficuldade, que acaso exista, em se poderem fixar os requisitos para se considerar Estado uma collectividade, não é sufficiente para se afastar a applicação da norma que personifica ou que, personificando, reconhece a qualidade de Estado. No direito, o normal é a effectivação dos conceitos sem necessidade de se presuppôr a clareza ou nitidez dos elementos em causa. A verificação, facil ou difficil, é questão de facto. A norma não se applica *quando se estabelece a convicção de que caiba applicar-se;* applica-se *desde logo,* ao apontar do facto, e a convicção da sua applicabilidade consiste em exploração effectiva, que conclue por dizer se ella *incidiu,* ou *não,* no phenomeno observado. O Estado surge quando completos os presuppostos de direito internacional para a sua existencia. A norma é apenas a definição que tal direito dá; as normas que definem reconhecem todas as consequencias que se enquadram no definido. Se o reconhecimento fosse criativo, o Estado nasceria, ou não, conforme a vontade dos outros Estados já existentes e entre si reconhecidos. Seria impossivel conceito juridico do Estado, porque, sendo muitos os Estados, não se saberia quando algum nasceria: se ao primeiro reconhecimento, se ao da maioria, se ao de todos, ainda que tacito por alguns delles. Dizer que Estado é a entidade reconhecida, ou que o reconhecimento cria o Estado, não bastaria. Demais, será impossivel, sem a realidade de um ente com os requisitos estataes, a sufficiencia do reconhecimento para a criação do novo Estado.

Fóra concepção, criação, e não reconhecimento.

A communidade internacional não se identifica com a communidade dos Estados. A realidade mostra que é superficial e errada a identificação. Não só os Estados são elementos da communidade internacional. A communidade dos Estados não tém outro sentido que o de parte da communidade internacional. A apparição de um Estado é, para a ordem juridica internacional, como o nascimento do individuo para a ordem juridica interna.

2. *Estados e Uniões*

As Uniões de Estados distinguem-se em uniões propriamente ditas, pessoaes ou reaes, e confederações; os Estados, em unitarios e federativos. Os conceitos constructivos e informadores das uniões reaes e das confederações são de direito internacional. Quanto aos Estados federaes e unitarios, só um conceito é de direito internacional, o de Estado. Unitariedade, federatividade, são conceitos de direito interno.

A união pessoal é accidental: identidade da pessôa do soberano. Accidente de lei de successão ou de eleição, Accidente a cria, accidente a destróe. Não é inconcebivel a permanencia ou, até, a perpetuidade theorica da união pessoal. Como quer que seja, no direito internacional, a união pessoal é sem significação. Interessa á politica, e não ao direito. Ainda quando a constituição de um Estado dissesse que o seu soberano seria o de outro Estado, a lei deste constituiria *conteúdo* da lei do outro, e não lei daquelle; tudo se passaria na ordem juridica interna dos Estados, coincidindo, na mesma pessôa, a qualidade de orgão; ao direito internacional não tocaria o facto. Para este, existem dois Estados, cada qual com o seu orgão.

A união real resulta de tratado, pelo qual dois ou mais Estados *concordam* em ter um só e unico soberano ou este e outros orgãos communs (Suecia-Noruega, 1815-1905; Austria-Hungria, 1867-1918). Discutem os internacionalistas se ha duas ou mais personalidades ou só uma. E' questão só susceptivel de resposta *a posteriori*. Nos dois exemplos, hoje só historicos, a união absorvia as duas personalidades. Resta o caso Dinamarca-Islanda (30 de novembro de 1918), em que a daquella absorve a desta.

As uniões ajuridicas (politicas: "concerto europeu", doutrina de Monroe, A. B. C.; economicas, etc.), as allianças, na previsão de certos acontecimentos (*casus foederis*), e os tratados de arbitragem, não suscitam problemas de subjectividade internacional. Nos protectorados internacionaes, collectividade protectora e collectividade protegida são sujeitos. Nos casos de tutela da Sociedade das Nações, só o exame em concreto póde decidir se o ente tutelado já é Estado, ou não.

Nas confederações, unem-se os Estados com fim de tratar em commum interesses que consideram communs. Que os Estados confederados mantêm a personalidade juridica internacional, não ha, nem houve duvida. Discutiu-se se a Confederação adquiria, ou não, personalidade propria. Rigorosamente, se o laço confederativo constitue simples relação de direito, com o conteúdo dos interesses communs, e tão só isto, ou se nova collectividade surge com as caracteristicas da subjectividade internacional. Os argumentos, esgrimidos pelos sustentadores de uma e de outra these, de ordinario se afastam do ponto principal: se a união cria á nova entidade os presuppostos subjectivos sufficientes perante o direito internacional (*quaestio facti*), tambem a Confederação será pessôa internacional. O que se faz preciso (do contrario, desnaturar-se-ia a Confederação), é que a nova

entidade não absorva a personalidade dos Estados confederados.

O Estado federal apresenta-se, no plano internacional, como unidade, e não como união. A phrase, tantas vezes repetida, "o Estado federal surge de constituição, e a Confederação, de tratado", será adeante criticada; não serve á caracterização. No Estado federal, só existe um destinatario da distribuição internacional das competencias, um Estado; ao passo que mais de um nas Confederações. O adjectivo "federal" não interessa ao direito internacional nem delle emana. Se as obras de direito das gentes descem até elle, deve-se tal procedimento a intuitos didacticos. Para o direito internacional "Estados Unidos da America do Norte" são nome singular, e não plural. A permanencia de elementos confederativos não modifica o Estado federal (Suiça, art. 9), como não modifica o conceito unitario de Estado a funcção internacional permittida aos Dominions.

A zona limitrophe entre a Confederação e o Estado federal é aquella em que os Estados se obrigam a não proceder no plano internacional *ut singuli*. Na agua limpida da simples acção commum, sem perda da independencia dos Estados, pinga-se a gôta de unitarismo; esta gôta, crescendo, levará ao Estado federal e, depois, ao unitario. E' erro considerar-se Estado federal a sociedade de Estados que mantêm o contacto potencial com a communidade internacional, se bem que se tenham excluido de qualquer actividade internacional.

A escala de direito interno existe; porém a cisura não desapparece. Entre a Confederação e o Estado (federal ou unitario) o salto é *revelavel*: passa-se da pluralidade para a unidade. Tal pluralidade e tal unidade é que pódem interessar ao direito internacional: União real, Confederação, Estado. A escala dos elementos unitarios, não; porque esta depende do direito interno, ain-

da que tenha consequencias de representação internacional. No Estado federal, ha relação de dependencia das collectividades componentes para com o Estado, que é um só. Tal como se dá com o Estado unitario. As variações possiveis entre o maximo de centralização e o maximo de descentralização, entre o puro Estado unitario (formas ideaes) e o Estado federativo só se passam no direito interno; não são phenomenos de direito internacional.

3. *Conceito de Estado federal*

Na construcção dos Estados federaes, entrou por muito a noção de soberania. Fazia-se consistir a differença entre Estado federal e Confederação no facto de ser a "união", naquelle, o Estado soberano, e, na Confederação, de serem Estados soberanos todos os membros. Afastada, hoje, a velha noção de soberania, é possivel manter-se a distincção? Noutros termos, a dichotomia classica só existe devido á noção de soberania?

Alguns entendem que, destruida a velha noção de soberania, reduzida á *faculdade de decidir em virtude do direito internacional,* deixou de ser attributo do Estado, e já não é possivel achar o criterio distinctivo. A antiga theoria prestava o serviço de distinguir os Estados componentes e o Estado abrangente ou central, este soberano, aquelles não. Comprehende-se que, posta de lado a concepção da soberania, empenhe-se a doutrina em procurar outro criterio que sirva á distincção entre Estados componentes e Estado central, bem como entre tal typo federativo e as confederações.

No fim do Seculo XIX, tres theorias tentaram caracterizar o Estado em relação aos circulos menores, interiores. Rosin apontou os fins nacionaes do Estado, em opposição aos fins locaes da communa. Tratando-se de

Estado federal e podendo um dos Estados componentes ser menor que a communa de um outro, que é que se poderia entender por fim nacional? O tamanho não bastaria, nem bastaria a analyse do fim, porquanto fins da communa pódem ser relativos a interesses nacionaes, e interesses locaes, objecto dos fins nacionaes do Estado. Por isto mesmo, BRIE conservou a idéa de fim, tentando definir-lhe o conteúdo. Mas, ao fazê-lo, voltou, de certo modo, á noção de soberania: o fim universal caracteriza o Estado; o não-universal, a economia; ao fim do Estado corresponde a competencia, que ha de ser universal, como o fim, — donde a *competencia da competencia*. No Estado federal, só o envolvente collima fim universal e possúe competencia universal para realizá-lo. Como quer que seja, a mesma vaguidade. Que é fim universal? Que é fim não-universal?

Outra theoria é a de LABAND. A soberania é propriedade do poder do Estado, porém não o caracteristico. O que o caracteriza é o direito proprio de dominação, *eigenes Herrschaftsrecht*, de que dispõe qualquer Estado, seja o grande, seja o pequeno. Por maior que seja a communa, não no tém. Mas que é dominação? O direito de ordenar a pessôas livres ou a communidades de pessôas livres prestações e abstenções, bem como de coagi-las ao que lhes ordena. A communa emitte regulamentos de policia ou de impostos, comtudo tém de recorrer ás autoridades do Estado para impôr o respeito das regras emittidas. Quando exerce direitos de dominação, exerce-os por delegação do Estado, — exercicio *iure delegato*, em opposição ao exercicio pelo Estado, que é *iure proprio*. Quanto ao Estado federal, o jurista alemão livrou-se da censura que se lhe poderia fazer, escrevendo trecho que lhe inspiraram os casos da America do Norte e da Alemanha: se alguns Estados, independentes, entram em associação que se faz poder su-

perior a elles, alguma coisa lhes fica dos direitos de dominação que tinham. A critica tomou o exemplo do Brasil, em 1889, para mostrar a insufficiencia da theoria da passagem do Estado unitario a Estado federativo. Sociologicamente, o caso brasileiro constituiu peça teratologica; juridicamente, a federação existiu desde então, houve a estructura estatal e as infraestructuras dos Estados componentes, donde ser procedente a critica, evidenciada a insufficiencia da theoria dos "residuos" do direito de dominação. Em todo o caso, poderia LABAND responder que, antes da Constituição de 1891, o Estado se partira e compareceram ao governo e á constituinte, de per si, os pedaços, com poderes de dominação. Perderam a soberania, despojaram-se de alguns daquelles direitos. A critica redarguiria que não foram os Estados, e sim o povo, que constituiu, como possuidor do poder estatal, a estructura do Brasil de então. Em verdade, ha contradicção na transformação do Estado unitario em federativo, com os mesmos principios norte-americanos, contradicção facilmente apontada quer historica, quer sociologica, quer juridicamente. A melhor defesa seria considerar os poderes de dominação que ficaram aos Estados componentes como delegação do povo, em texto constitucional. Sabido que a regra é ser o povo o fóco do poder estatal, para que fosse *iure delegato* o poder de dominação dos Estados componentes, tambem *iure delegato* seria o do Estado abrangente.

Terceira theoria é a de JELLINEK, que a principio punha o Estado não-soberano entre o individuo e o Estado soberano: o individuo obrigado por vontade estranha, regido; o Estado soberano, por sua propria vontade; o Estado não-soberano, em parte regido e em parte obrigado por sua propria vontade. Distincções superficiaes e inexactas. O individuo é regido, mas a sua vontade entra em conta, frente á lei, lei para a qual a von-

tade delle é, muitas vezes, a *condicio iuris*, e nos demais casos elemento causal da obrigação. Se tivermos de considerar o Estado não-soberano e a communa, as difficuldades crescerão: a situação delles é a mesma; ambos só em parte se obrigam por sua propria vontade. Posteriormente, JELLINEK caracteriza o Estado pelo poder estatal: a organização propria, com a separação de poderes, distingue o Estado e os grupos não-estataes. Não é preciso o facto da auto-organização (o Estado criado por outros, ou pela vontade de outros, é Estado); basta que possa, *de futuro*, mudar a constituição, que tém. Poder estatal é mais facto de *ser* e *faculdade* que *origem*. Os Dominions não são Estados, porque não pódem mudar de constituição. Era o principal exemplo. Assim, a autonomia constitucional seria o traço distinctivo. Della devem ser corollarios a legislação, a administração e a jurisdicção. Se o Estado sómente póde exercer o poder constitucional dentro de certos limites, não é soberano: a vontade de outro, superior, tira-lhe a soberania. Donde não ser a soberania a caracteristica do Estado: ha Estados não-soberanos. A superioridade da theoria de JELLINEK sobre as outras é evidente; mas o Seculo XX não se satisfaz com o criterio de distincção, em que assentava.

Uma das principaes objecções é a de se admittirem duas autonomias, uma incondicionada e outra condicionada. Autonomia condicionada é negação da autonomia e torna difficil saber-se onde se separam os Estados não-soberanos e as collectividades não-estataes. Por outro lado, a autonomia do Estado soberano tém de respeitar principios de direito internacional, o que põe os Estados soberanos em gráu differente e não em classe propria, differente da classe dos Estados não-soberanos. Quantitativa e não qualitativa a distincção, de um minimo de relatividade da autonomia a um maximo de

relatividade da autonomia, maximo que permitta a permanencia da autonomia. Ora, esta autonomia e este maximo de relatividade são de bem difficil determinação. Irá até ás provincias, com poderes "constitucionaes" minimos, funcções legislativas, administrativas, judiciarias? Até ás communas ou Municipios, a que se concedam taes poderes e funcções?

Assente que a *summa potestas* não cabe aos Estados, o direito constitucional tém de procurar a caracteristica do Estado fóra da noção de soberania; quer dizer: em concordancia com a theoria contemporanea do direito internacional. O Seculo XX põe em taes termos a questão. Na pesquisa, 1) ou os investigadores se persuadem, desde logo, de que a soberania foi noção falsa, com a qual se via nos Estados *qualidade inexistente* (a differença qualitativa entre elles e as outras collectividades resultava do conceito, e não das realidades), e, neste caso, renunciam á cata de traço distinctivo, da *qualidade*, que só existia conceituadamente; 2) ou afastam a noção de soberania, como qualidade do Estado, e procuram outra qualidade, que o distinga. Aquelles se subdividem: *a*) ou affirmam que as differenças são apenas *quantitativas* (todas as collectividades são da mesma natureza e differem em gráus, segundo a extensão dos poderes), ou *b*) adoptam attitude sceptica. KELSEN, G. SCELLE e BRUNET são do numero daquelles (*a*); mas já dissemos que é materia de direito interno, e que se trata de apreciação dentro do *direito constitucional*. Visão *na unidade do direito*, attendendo a que ha aspecto puramente de direito internacional, mostra a possibilidade de se marcar onde começa o Estado sujeito de direito internacional e onde acaba o outro. Dissemos sujeito; portanto, a distincção não é só quantitativa; tambem é qualitativa. Ora, no direito internacional dos nossos dias, a relação suppõe, pelo menos, um Estado

(este Estado não póde ser o grupo *interior* de outro), ou grupo que se comporte, *exteriormente*, como Estado. O comportamento *exterior* estatal, quer se trate de Estado, quer de grupo que, no momento, se porte como tal, *suppõe* conceito de Estado, que preexiste ás duas attitudes, a do Estado e a do que se comporta como Estado. Portanto, ha differença *qualitativa* entre o Estado e o grupo que *como tal* se comporta. Podemos e devemos afastar a velha noção de soberania; mas, no lugar della, fica a qualidade de ser *exteriormente* (= no direito internacional) Estado, *qualidade* que certos grupos podem, transitoriamente, assumir, indiscutivelmente existente no Estado federal ou abrangente, e *não existente* nos Estados componentes.

Já dissemos que o direito internacional só se interessa pelo problema da existencia do sujeito: *unidade* e *pluralidade*, que suppõem existencia. Confederação e Estado são conceitos de direito internacional; (Estado) unitario e (Estado) federal — não: são conceitos de direito interno.

A opinião vulgar não é neste sentido. Daí a sua responsabilidade em inuteis discussões e lamentaveis confusões conceituaes.

A differença entre a Confederação e o Estado federal (tém-se dito) é mais de intensidade que de essencia. Visão *por dentro*, visão de direito constitucional, talvez o pudesse admittir; no *plano internacional*, de modo nenhum. O que importa ao direito internacional é saber quaes as superficies convexas com que elle risca o seu dominio e o da competencia distribuida aos Estados. Ora, nas confederações, a pluralidade surge; pluralidade de pessôas, de competencia, — portanto, essencia e não só intensidade. De intensidade, e não de essencia, é a differença entre os muitos typos possiveis de Estado federal, porém tambem isto só se póde apreciar no

plano do direito publico interno. Para o lado exterior, que é o do direito internacional, o que se revela, necessaria e sufficientemente, é a unidade, a identidade da essencia.

Regras, nas quaes se enquadram as funcções da communidade internacional, partilham a competencia em *internacional não distribuida* e *internacional distribuida*. A ultima implica subpartilha entre os Estados, abstraindo-se de outras divisões a favor de membros não-estataes da communidade internacional. A dichotomia — competencia da communidade internacional distribuida e competencia que a communidade internacional não distribue — não é postulado, mas inducção, dado real. Não a infirma o argumento da anterioridade dos Estados: primeiro, porque o direito internacional não podia ser senão *possivel*, desde que não havia relações que produzissem o phenomeno adaptativo; segundo, porque se póde provar a existencia anterior de *realidades* que corresponderiam aos Estados de hoje, porém não de Estados, no sentido proprio, porque se trata de conceito do direito internacional. Aliás, o direito positivo reconhece o caracter supraestatal do direito das gentes, pois o art. 15, § 8, do Pacto da Sociedade das Nações, diz que os limites do dominio reservado aos Estados depende do direito das gentes: este é que deixa áquelles tal dominio, a superficie convexa a que alludimos. *Dentro* da esphera que tal superficie forma, o Estado adopta os principios que entende: daí a *diversidade* dos direitos constitucionaes, dos direitos internos. Em certas materias, nas quaes ha dados ligados a mais de um Estado, o direito internacional *permitte* — provisoriamente, crêmo-lo bem — a competencia *concurrente*, tal como acontece no definir os nacionaes ou no punir os delictos commetidos no estrangeiro. Noutras, o direito internacional reconhece a competencia *exclusiva*, quer

dizer, a competencia deixada a um só dos Estados, ou a Estados determinados que a exercem *em conjunto;* exclusiva, no sentido de excluir a dos outros. A partilha, a que nos referimos, *sem concurrencia.* São os negocios chamados domesticos, onde a autoridade é uma só: *a*) determinação da Constituição e da forma do Estado; *b*) organização interior; *c*) regras aos orgãos do Estado e aos nacionaes; *d*) direito dirigido aos individuos, indeterminadamente; e tambem *e*) relações entre o Estado e outro ou outros Estados, desde que permittidas pelo direito internacional. Aliás, a permissibilidade não diz respeito só ás relações entre Estados, pois, desde que o acto de exercicio da competencia *fére* regra de direito internacional, deixa de haver competencia exclusiva, porque cessou qualquer competencia: é o abuso de legislação ou de administração. A delimitação das competencias é exclusivamente *internacional;* e de ordem internacional o litigio sobre as competencias exclusivas. A esphera da *exclusividade* depende do desenvolvimento da materia internacional (relações[1], linhas de adaptação interestatal) e da technica scientifica.

Quanto ao territorio, a competencia comprehende: a acquisição, a alienação de territorio e a scisão entre a competencia originaria (recebida do direito internacional) e a *devolvida,* ou cedida a outro Estado; a participação em *condominia*[2] (territorio dos participantes) ou em *coimperia*[3] (territorio de outro Estado.

---

1. Aviso consultivo, n. 4, serie B, p. 24.

2. Austria e Prussia, 1864-1866, sobre o Schloswig-Holstein; França e Grã-Bretanha, sobre as Novas-Hebridas.

3. Austria e Hungria, 1878-1908, sobre a Bosnia e a Herzegovina (sob a competencia originaria da Sublime Porta).

Nacionalidade é materia que interessa á communidade internacional. A esta cabe distribuir, originariamente, a competencia[1]. Cada Estado sómente póde ter uma nacionalidade[2]. Indigenato local e indigenato geral só existem internamente, para consequencias de direito interno. Dupla ou multipla nacionalidade só se dá (por defeito actual das regras de direito das gentes reveladoras da competencia de legislar de cada Estado) quando ha dois ou mais *Estados* (conceito de direito internacional). Entre duas entidades componentes de um Estado federativo, pois que não são Estados, no sentido proprio, não póde occorrer duplicidade de nacionalida-

---

1. No Aviso n. 4, a Côrte permanente de Justiça internacional deixou as questões de nacionalidade ao dominio *reservado* (Série B, n. 4, p. 24) E' a liberdade; portanto, a concurrencia de competencias. Mas ha de entender-se tal liberdade dentro de criterios sensatos, de criterios que se refiram a *dados* reaes *(ius sanguinis, ius soli)*. Liberdade, e não arbitrio. Aqui, as realidades terão de se tornar mais sensiveis, para que se chegue á *descoberta* do melhor criterio, e a technica internacional deve empenhar-se em procurar o principio de direito internacional, que tudo mostra existir e não estar ainda sufficientemente *revelado*, ou por immaturidade da adaptação *entre* os Estados (realidades immaturas) ou por defeito da investigação scientifica. Pensamos que por uma e outra coisa. A questão da concurrencia só se dá no direito internacional; no *direito interno*, é sem sentido *internacional;* quer dizer: para os effeitos de direito das gentes, cada Estado tém os seus nacionaes, de modo que a cada um tóca uma nacionalidade. Póde occorrer, *no presente*, que o mesmo individuo seja de duas ou mais nacionalidades; porém, dentro do mesmo Estado, não póde haver duas ou mais nacionalidades. A nacionalidade exige o Estado; as collectividades interiores não podem ter nacionalidade.

2. Na Constituição espanhola de 9 de dezembro de 1931, art. 24, 2°, alinea 2ª, permitte-se, á base de reciprocidade internacional effectiva e mediante os requisitos e tramites que fi-

de. *De fóra*, no plano do direito internacional, não ha nenhuma differença entre o indigenato local dos membros de uma federação e o indigenato local das collectividades componentes de um Estado unitario. Dentro, a differença, *que exista*, depende do direito positivo. Vale dizer: poderá ser mais importante aqui que além; ser mais accentuada a existencia em Estado unitario que em outros Estados federativos. Só as consequencias de ordem politico-juridica pódem criar a differença entre o indigenato geral e o local, e não ha qualquer suggestão rigorosa do Estado unitario ou do federativo: o direito positivo, e só elle, decide.

Quando a collectividade menor exige o nascimento no seu territorio para a electividade aos cargos locaes, cria indigenato local. A regra, que insere na sua

---

xará uma lei, a concessão da nacionalidade aos naturaes de Portugal e paises hispanicos de America, comprehendido o Brasil, quando o solicitem e residam em territorio espanhol, sem que percam a nacionalidade («ciudadania», diz o texto) de origem. Na 3ª alinea, permitte, quando nos mesmos paises não haja leis que o prohibam, ainda que não reconheçam o direito de reciprocidade, a naturalização dos espanhóes sem que percam a nacionalidade de origem. Não fére o principio *juridico* da nacionalidade unica; trata-se de permissão de ordem *politica*. A Espanha concede a nacionalidade, porque tém interesse em chamar ao seu territorio os descendentes de espanhóes e em dar aos espanhóes emigrados possibilidades maiores, de ordem politica o social, nos paises hispanicos. Certo, é phenomeno que irá complicar extraordinariamente o direito internacional privado. Qual a lei nacional, a da primeira ou a da segunda nacionalidade? Certamente, as duas; portanto, dois estatutos pessoaes, applicavel cada um pelo juiz do Estado que considere nacional o individuo. O Estado terceiro terá de consultar o direito das gentes, se não houvér solução convencional ou unilateral coincidente nas regras de direito internacional privado dos dois Estados interessados.

Constituição, estabelece-o *em effeitos*. Outros ha, e outros são possiveis, de igual natureza.

De fóra, isto é, perante o direito internacional, o territorio nacional é um só, uno, impartivel. *Por dentro*, elle é uno, por ser nacional, mas dividido para delimitação espacial das zonas descentralizadoras, tal como se dá nos Estados unitarios. A divisão, em si, não differe no Estado unitario e no federativo; a differença, que existe, é estranha á repartição espacial, — *resulta* de outras razões juridicas que justificam considerar-se federativo, e não unitario, o Estado. O territorio da collectividade componente da federação é tão seu quanto são das collectividades constitutivas do Estado unitario os territorios que lhes correspondem. Territorio só existe um, que é o nacional; as partes delle, que tocam aos membros da federação, são *submetidos* ao poder espacialmente delimitado de taes unidades internas. Dá-se o mesmo com os "territorios", como o do Acre; apenas com a differença de *gráu de submissão*, gráu que não depende de qualquer direito ao territorio, mas da resultante das funcções deixadas, pelo direito positivo, a cada um dos membros da federação. Os Districtos federaes, de governadores eleitos, são menos *submetidos* do que os Districtos federaes de governadores nomeados. Os districtos federaes com os vétos ás leis districtaes, mais submetidos que aquelles cujos vétos são devolvidos ao exame do poder legislativo do Districto. Toda differença assenta em elementos juridicos extraterritoriaes. O territorio é um só, no Estado federativo e no unitario; a divisão de direito interno, de igual natureza, no Estado unitario e no federativo. As difficuldades de alteração, de juncção e de divisão derivam de obstaculos criados pelo direito positivo, que pódem ser tão grandes nos Estados unitarios quanto nos federativos. Por isto mesmo, a collectividade componente não póde discutir com Es-

tados limitrophes as fronteiras (Brasil, 1891, art. 34, inciso 10; Soviet, arts. 1 b, 6); se bem que a Constituição possa, internamente, exigir o rito constitucional federal e local, quando a modificação das fronteiras nacionaes consista na rectificação das fronteiras de uma provincia (Austria, art. 3, 2º).

Tém-se dito que é o volume da competencia que faz differentes os grupos interiores e o Estado; outrosim, que a distribuição da competencia é *feita*, originariamente, pelo direito internacional; portanto, não póde haver differença *qualitativa*. E' exacto que os grupos subestataes e estataes differem quantitativamente: a esphera da competencia varia do menor ao maior, sem que o seja em funcção do tamanho delles; mas, necessariamente, a competencia do abrangente conterá a dos abrangidos, pelo menos em certas materias, ou não serão abrangentes. E' exacto que a distribuição das competencias constitúe o proprio direito internacional. Porém não é exacto que todas as repartições de competencia toquem ao direito internacional. Já aqui vae surgir o elemento qualitativo, a cisura, que distinguirá o Estado federal e os Estados componentes, bem como o Estado federal e a Confederação. Retidas ou distribuidas as competencias, o direito internacional cria-se a si mesmo, ao seu objecto, mas o seu objecto (ou elle mesmo, que, no caso, se identifica com o seu objecto) não desce á repartição vertical ou horizontal, que o Estado, exercendo a competencia dada, faça *interiormente*[1]. No

1. Se, no momento de se criar um Estado, a constituição é feita por outros Estados, ou pela Sociedade das Nações, e o Estado *póde* mudá-la, a situação juridica originaria não serve de argumento contrario: ao nascer, o Estado *encontra* um direito, que se torna *seu*, como o direito que o Estado já existente encontraria no territorio annexado.

Estado federal, os componentes não recebem a competencia internacionalmente distribuida; recebem-na constitucionalmente, *internamente* distribuida. Sirvam de exemplo: os Estados brasileiros sob a Constituição de 1891; a Finlandia entre 1809-1917, provincia autonoma, com administração e justiça proprias, nacionalidade (?) finlandesa. No momento, o direito internacional tém os Estados como pontos de referencia; são elles os recebedores da competencia distribuida; a communidade internacional só se preoccupa com os componentes quando deixam de proceder como taes e procedem como Estados. O crescimento da ordem supraestatal e a diminuição da ordem estatal traduzir-se-á na redistribuição das competencias, como se passa, na historia dos Estados, do federalismo para o unitarismo, ou de uma confederação para outro typo de Estado federal; mas já é outro problema. Permanece incolume a proposição a que chegamos: a distribuição internacional das competencias vae, de regra, aos Estados, e estes distribuem, constitucionalmente, as competencias dos outros grupos. A differença não é radical, nem poderia ser; não porque os grupos e os Estados sejam da mesma qualidade, e sim porque a unidade do direito impede que haja incompatibilidades entre a distribuição *interna* e a de direito *internacional*, incompatibilidades que o primado do direito internacional cortaria cerce, affirmando a distribuição originaria. Quem diz primado diz distribuição originaria, competencia da competencia, o que exclúe qualquer possibilidade de se salvar[1] o termo "soberania

1. Verdross e Kunz procuraram fazê-lo, distinguindo a soberania como conceito juridico de presupposição (qualidade absoluta, essencial, do Estado) e como conceito de conteúdo no direito internacional *(Rechtsinhaltsbegriff)*, á maneira de Stier-

dos Estados". A particularidade dos Estados, em relação aos outros grupos, está em serem os directamente submetidos ao direito internacional: chamar soberania á submissão é dar a uma coisa nome que nada tém de commum com ella. Submissão crescente, o que expõe o termo a maior impropriedade, a cada vez mais accentuada inadequação ao phenomeno nomeado. Conteúdo variavel, provavelmente no sentido de mais nitido distanciar-se da palavra soberania.

Na theoria de VERDROSS e de KUNZ, a subordinação directa ao direito internacioinal e a autonomia constitucional são as caracteristicas do Estado; mas as expressões "subordinção" e "autonomia constitucional" não dizem bem. Póde haver entidades directamente sujeitas, sem serem Estados; e autonomias constitucionaes, sem subordinação directa ao direito internacional. Aliás, empregam a expressão "Völkerrechtsunmittelbarkeit", immediatidade de direito internacional, insufficiente á symbolização do facto. Serviria ás commissões internacionaes (Danubio, estreitos, governo da bacia da Sarra), á Sociedade das Nações. A autonomia constitucional deve ser *perante* o direito internacional. *E' essencial que a competencia e a autonomia não tenham, acima de si, outra ordem juridica, que não seja a da communidade internacional.* Estado é a entidade, não só *immediata* á communidade internacional como tambem *auto-constituivel*[1], que recebe do direito internacional o poder de se

SOMLO. Mas o ultimo não seria conceito de soberania; o nome não serviria. Salva-se um nome quando só se erra no conceito; no caso, conceito e nome são errados.

1. Se attendemos a que os Estados não pódem exercer o poder constitucional fóra de certos principios de direito internacional, logo percebemos que o Estado a que se dá o adjectivo de «soberano» é, tambem elle, Estado de autonomia constitucional

constituir e o exerce, ou só, ou em commum com outro, ou outros, desde que, com isto, não interponha outra entidade *plenamente* auto-constituivel entre elle e a communidade internacional, isto é, permaneça no direito internacional.

A differença entre Estados no sentido do direito internacional e Estados no sentido do direito nacional é *qualitativa*, e não só *quantitativa*. Certo, a quantidade de poderes é importante, porém não o é menos a *immediatidade* da distribuição de competencia.

4. *Estado unitario e Estado federal*

Para a opinião de alguns, o Estado normal é o Estado unitario, com seu territorio que todo e igualmente lhe pertence, uma população igualmente e totalmente sua, com unidade de constituição, de lei, de poderes. Corresponde-lhe a unicidade de representação, nas relações internacionaes. Os Estados compostos são anormaes. Mais uma vez se confundem conceitos de direito internacional e de direito interno. Não ha, internacionalmente, nenhuma differença entre o Estado unitario e o Estado federal. A unicidade de representação não é exclusiva do Estado unitario, nem se nega a possibilidade, hoje exemplificada, de Estados unitarios com representação multipla. A normalidade dos Estados só se póde verificar no direito internacional e, neste, só se

---

relativa: a *potestas summa* pertence á communidade internacional; esta, por sua vez, depende do infimo supremo, que é a *consciencia*, o estado intellectual, moral, politico, do espirito dos individuos, não como individuos, porém como instrumento da evolução humana.

vê, externamente, a unicidade do Estado, porque foi á unicidade que se distribuiu a competencia internacional.

A confusão entre Estado, conceito de direito internacional, e repartição *interior* (*geral* e *particular* no espaço), materia de direito publico interno, levou JELLINEK a falar de "fragmento de Estado", que seria o federativo. Nada mais contrario á noção philosophica de Estado e ao conceito de direito das gentes. O Estado recebe a competencia, que originariamente lhe dá a communidade internacional, e exerce-a segundo os seus interesses globaes: aqui, em córtes verticaes, — poderes executivo, legislativo, judiciario; alli, em córtes horizontaes, — organização geral ou nacional, organizações locaes, mas sempre no sentido especifico do Estado, que é *integrar*. Ou porque nunca tenham sido Estado os componentes, ou porque hajam perdido tal qualidade, as collectividades interiores não pódem pretender que o interesse dellas passe á frente dos interesses nacionaes: ainda no caso de razões historico-politicas para a divisão regional, ellas se submetem á *perda* da qualidade de Estado, *precisamente* por entenderem preferente o interesse nacional, o interesse transregional.

O Estado federativo não é, de modo nenhum, obstaculo á theoria juridica; nem a existencia, no Estado, de entidades auto-constituiveis, coparticipantes da vontade geral, ou dotadas de outras actuações mais nitidas, constitue difficuldade insuperavel para o direito publico. Trata-se de escala de descentralização, assumpto de sciencia e de arte politica, que se reflecte nas Constituições, sob a forma de estructuras decrescentes, interiores uma ás outras, enriquecidas de maior ou menor numero de poderes devolvidos.

O direito (exercicio da competencia internacionalmente distribuida), que tém o Estado, de se dotar de systema parlamentar ou de systema presidencial, inclu-

sive de todas as possiveis formas que vão de um a outro desses typos ideaes e abstractos, ou de legislativo uni ou bicameral, tambem o tém elle de se fazer federativo ou unitario. Se era unitario e fez-se federativo, os dois momentos são facilmente perceptiveis pela distancia no tempo: já era Estado quando se descentralizou a ponto de poder ser tido como federativo. Se proveio de outros Estados, que se agruparam, o facto de terem sido apparentemente *simultaneos* o nascimento do novo Estado e o advento federativo não póde influir na theoria do Estado federativo em geral: simultaneidade occasional, accidente que não fére a substancia do Estado; *houve momento em que os Estados desappareceram e succedeu o nascimento do outro.* Tal successão immediata é conceito juridico normal; apenas occorre que, se bem que ao direito não repugne a noção de simultaneidade, a successão immediata traduz melhor.

Feitas as considerações que acima ficam, facil será distinguir as Confederações e as federações. Aquellas abrem, palheta a palheta, para o plano internacional, o seu leque, e cada Estado está, para com o direito internacional, na situação de entidade *immediata*, primariamente auto-constituivel, em virtude de uma primeira distribuição das competencias. Os outros, não: para o direito internacional, são apenas espheras interiores de competencia, *criadas* pelo Estado, dentro delle e para effeitos de direito estatal. Não são, propriamente, Estados; e o nome, que se lhes dá, turva a terminologia juridica, pela ambiguidade e pela difficuldade de se estabelecerem, nas adjectivações, as differenças entre poderes, leis e funcções da collectividade abrangente e das abrangidas. Acertadas andaram as Constituições que deixaram ao sentido do direito internacional a designação de Estado. "Provincias", "paises", "regiões", são expressões mais proprias para se nomearem collectivi-

dades cujo campo de competencia é dado pelo direito interno, constitucional, ou não.

A confederação, a despeito do que se doutrina vulgarmente, não constitue typo rigido; ha toda uma espectração de typos. Só é essencial que persistam os Estados, no sentido proprio, que é o do direito internacional. Caracteriza-se a ligação entre os Estados, recebendo cada um, da communidade internacional, a competencia immediatamente distribuida, e exercendo-a no sentido de certa limitação reciproca, que não faça interpôr-se entre os Estados e a communidade outra entidade (seria perderem elles a immediatidade de direito e a auto-constituibilidade). Aqui a variação é quantitativa e vae dos typos confederativos conhecidos e possiveis até os Estados que, pela limitação de competencia *ainda* internacionalmente distribuida, ou primaria, *quasi* estão a deixar de ser Estados. Para que occorra a existencia deste Estado-limite, é preciso que ainda seja internacional a distribuição, ou, para empregar termos de KUNZ, que as limitações provenham de titulo internacional[1].

Em certos Estados federativos, a uma das collectividades componentes a constituição federal deixa ou concede funcções de ordem internacional. Nem por isto o membro do Estado passa a figurar como entidade immediata á communidade internacional: primeiro, porque entra em contacto com ella como orgão do Estado federal; segundo, porque, com o contacto, não adquire os caracteres de entidade immediata e auto-constituivel. Entre elle e a communidade está, de qualquer modo, a pellicula do Estado federal, que é a unica collectivida-

1. J. L. KUNZ, *Die Staatenverbingungen*, Stuttgart, 1929, p. 53 s.

de estatal, no sentido proprio, isto é, do direito internacional. A distribuição feita pelo direito internacional é primaria; rigorosamente, só a communidade distribue as competencias. A distribuição feita pelo direito constitucional, ou como conteúdo delle, é secundaria; rigorosamente, o Estado, seja unitario, seja federal, ou seja um dos muitos typos que estabelecem a continuidade entre estes dois extremos, não distribúe, — attribúe, devolve. Dá-se, então, uma subdistribuição, já no terreno do direito nacional, direito que póde mudar, dentro do *branco* da distribuição primaria, sem que interesse á ordem juridica internacional.

Inversamente, pódem Estados, no sentido proprio, por meio de tratado, quer dizer, perante o direito das gentes, renunciar, em principio, aos poderes que cabem a cada um delles, separadamente, em virtude da distribuição primaria, sem que permittam a modificação por um acto de direito interno. De ordinario elles se reservam alguns direitos, além dessa reserva da distribuição primaria, que é o facto de se ligarem por tratado e não admittirem modificação fóra do tratado, vale dizer — a vontade perseverante de se manterem, a despeito do laço federativo, com o caracter de Estados. Ao contrario do que occorre com as unidades componentes dos Estados federativos americanos, o direito das gentes ainda recáe sobre taes entidades, ainda as subordina, immediatamente, ás suas regras, distribuindo-lhes competencia. Tal o caso da Baviera, da Hessia, de Baden e de Wurtemberga, na Alemanha de 1871, a contradizer a theoria de VERDROSS e de KUNZ, e a justificar o que acima dissemos: Estado é a entidade immediata á communidade internacional e auto-constituivel, que recebe do direito internacional o poder de se constituir e o exerce, ou só, ou em commum com outro ou outros, desde que, com isto, não interponha outra entidade plenamente

auto-constituivel entre elle e a communidade internacional, isto é, permaneça no direito internacional. O ser immediato e auto-constituivel não basta. Por outro lado, o Estado que faz reserva de poderes, ainda que perca a immediatidade de exercicio, não perde a de direito, como a entidade componente a que se dá funcção na ordem internacional não adquire, pelo facto do contacto, a immediatidade a que se allude. A distincção é relevante e obriga a esclarecimento, pelo menos, da theoria analysada, da qual, aliás, se exclúa a noção de soberania, que de nenhum modo se justifica e contra a qual fez bem KELSEN, inspirador de ambos, em se insurgir. Soberania sem competencia, sem a distribuição primaria, não é soberania.

A partir de 1926, os Dominions criaram typo intercalar entre o Estado ligado internacionalmente a outros (Baviera, Hessia, Baden, Wurtemberga) e os componentes das republicas federativas americanas. Adquiriram personalidade como membros da Sociedade das Nações, e exercem attribuições internacionaes, inclusive o direito de concluir tratados. Uns têm certa autonomia constitucional, e outros não. Se, por aquellas funcções internacionaes, pódem parecer Estados, tira-lhes tal caracter o facto de não ser primaria a distribuição de que desfrutam: deriva do direito constitucional da Grã-Bretanha, e não do direito das gentes. Mais uma vez se evidencia a insufficiencia da caracterização dual (immediatidade, auto-constituição) de VERDOSS e KUNZ. A Australia e a Africa do Sul teriam os dois elementos, sem lograrem ser Estados. Porque? Porque se interpõe entre elles e a communidade internacional entidade auto-constituivel, que é a Grã-Bretanha.

Dissemos que cada membro de uma confederação se liga, conservando a sua competencia immediatamen-

te distribuida e exercendo-a no sentido de certas limitações: todos persistem Estados. Como explicar que a Confederação tambem seja pessôa? Immediatamente submetida ao direito internacional, personalidade do direito das gentes, desenvolve a sua acção como um Estado. Ha quem lhe negue a autonomia constitucional. Consequencia das theorias dualistas do direito, porém mais confusão que consequencia. Ainda para taes opiniões, a autonomia constitucional poderia resultar do tratado. Em verdade (aqui as theorias monistas chamam a si toda a explicação), nada obsta a que o tratado contenha em si a constituição da nova entidade internacional, ou que estabeleça as raias da autonomia constitucional. A' Theoria geral do direito internacional não repugna o typo confederativo de organização energica, com os tres poderes classicos, á semelhança da Confederação das Provincias-Unidas de 1579. Tambem aqui o requisito da auto-constituibilidade soffre a recomposição que propusemos. Não se diga que o tratado é, por si só, a constituição da entidade confederativa, e que isto satisfaz a exigencia da theoria de VERDROSS e de KUNZ. Ter uma constituição não é ter autonomia constitucional. Rigorosamente, para elles, a Confederação não seria Estado.

Melhor se esclarece o problema, com o raciocinio que vae seguir. E' principio de direito internacional que nenhum Estado se obriga sem querer obrigar-se; em todo tratado, *todas* as partes devem estar acórdes. Desde o momento em que um tratado fundisse Estados só teria de tratado o nome e dissimularia carta constitucional de nova entidade criada, absorvente, federativa ou unitaria. Desde que o tratado os não fundiu e deixou a cada Estado a sua qualidade de Estado, quer dizer — não os excluiu da distribuição primaria por parte da

communidade internacional, só o tratado — portanto, a unanimidade dos Estados — póde modificar a situação estabelecida: a Confederação nasceu no dominio internacional e nelle *permanece;* quer o tratado dê poderes auto-constituintes á Confederação, quer não os dê, existe um cerne constitucional, que é o reflexo dos principios internacionaes regedores do tratado. O que é preciso é que os Estados componentes não cessem de ser regidos, em certas materias, pelo direito das gentes, porque, no caso contrario, deixariam de ser Estados. Outrosim, que a nova entidade não se torne *plenamente* auto-constituivel: se tal se tornar, estará interposta a pellicula de uma entidade absorvente, que tirou, ou póde tirar, ás entidades agrupadas o papel internacional. Como o que importa é mais a auto-constituibilidade do que o ter constituição, o Estado que entrou em um grupo, submetendo-se a eventual reconstituição, sem unanimidade, ou, a seu respeito, sem o seu voto, ou contra o seu voto, não se reservou direitos, — renunciou á distribuição primaria da competencia.

Podemos, afinal, resumir as nossas meditações: *Estado é um poder estabelecido em certo terrtiorio e sobre certa população, com uma competencia derivada, primariamente, da communidade internacional, ainda que não a exerça sózinho, desde que permaneça em contacto potencial com a ordem juridica originaria, que é a do direito das gentes.*

Desde o momento em que se cria o Estado, unitario, ou federativo, os componentes ficam sem o contacto com o direito internacional, contacto pelo menos potencial; tanto assim que, em todos os Estados federativos, a secessão é crime e não se preveria, sem contradicção, nos textos constitucionaes, a possibilidade de separação.

5. *O problema de sciencia e de arte politica*

Quando as colonias norte-americanas se aggregaram na Republica, verificou-se avanço evolutivo, causado e explicado pela lei de crescente dilatação e integração dos corpos sociaes. Não se adoptou, todavia, o federalismo puro, tanto assim que não são os Estados que se juntam entre si e ditam a Constituição, — é o *povo* dos Estados Unidos, entidade continua, estranha ás scisões das fronteiras interiores, que decide do pensamento organizador e dos principios estabilizados na lei maxima.

A insufficiencia dos juristas e dos politicos, que influiram ou fizeram a Constituição brasileira de 1891, trouxe ao Imperio unitario a nova estructura, sem attender aos verdadeiros principios informativos do federalismo norte-americano e, o que é mais grave, sem olhar para o país, a que se destinavam os novos textos. Já não nos referimos ao excesso de Campos Salles, Ministro que falava de soberania dos Estados, nem de outras allusões, constantes dos *Annaes* da Constituinte, em que se evidencia a parca e defeituosa noticia da concepção federalista, que se esboçava no mundo e de que era ponto de partida, sujeito a posteriores caracterizações, a Constituição norte-americana. Referimo-nos ás consequencias *que deviam ser tiradas* da differença historica entre o Brasil e a America do Norte: vinha-se da unidade imperial, successsora da unidade colonial que pairou e sobrepujou ao particularismo administrativo das Capitanias e ás tentativas portuguesas de desmembração. E' interessante notar que a affirmação da unidade, a resistencia á fragmentação colonial teve como fócos principaes, sociologicamente reveladores, o

theatro da campanha antibatava e a Provincia do Rio Grande do Sul.

Na Europa, o Imperio Alemão, sob a Constituição bismarckiana, dava-nos o exemplo de uma união de Estados, á base de tratado, com a hegemonia prussiana, — estructura que fazia do velho Reich, não uma pessôa juridica composta de milhões de membros, e sim, tão só, de vinte e cinco membros[1]. Dois pontos incompativeis com a organização democratica: o federalismo puro e a hegemonia de um dos membros componentes. No momento historico, fez Bismarck o mais que podia fazer. Poderia repetir, do alto da sua missão de consequencias ainda imprevisiveis, o celebre dito de LEONARDO DA VINCI. Em todo o caso, a enormidade da Prussia junto aos outros Estados justificava, até certo ponto, no terreno do pensamento politico, a preeminencia *mecanicamente* determinada. A Revolução de 1918 é que vém romper o equilibrio historico-mecanico, consagrado pela Constituição bismarckiana, mediante a irrupção militar e radical-socialista. Elementos, estes, necessariamente unitaristas.

Os factos norte-americanos apresentavam-se aos espiritos do Seculo XIX e começo do Seculo XX como expressivos de principios americanos e europeus. Na America, a construcção juridica adquiria finura aprioristica, certo jogo raciocinante, assaz explicavel pelas origens e pela philosophia dominante. Na Europa, a sciencia juridica apresentava maiores exigencias, principalmente devido á critica philosophica e á existencia, lado a lado, de Estados federativos e de Estados unitarios.

---

1. P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 5. Aufl., Berlin, 1911, vol. I, p. 97.

Impunha-se a adopção de theoria juridica do Estado federal. Qual seria ella?

Segundo a theoria de CALHOUN e de SEIDEL, os Estados que se unem, ou perdem a "soberania" e esta passa ao novo Estado, ou não a perdem, e tém-se a Confederação. Não ha meio termo. Typo unitario ou typo confederativo. Duas formas ideaes, puras, extremas; ou tudo, ou nada. Ou ha tratado que liga os Estados, ou ha a Constituição que os funde. Constituição, que seja ao mesmo tempo lei e tratado, não é possivel; ou é uma coisa, ou é outra. Formada a Confederação, o tratado não se póde tornar lei: ou subsiste, e cada Estado conserva a sua soberania; ou o que se fez não foi um tratado, e sim um pacto criativo de um novo Estado. No ultimo caso, no momento de pactuar, os pactuantes deixam de ser Estados. Dai a conclusão de CALHOUN: ou o Estado federal é méro laço contractual entre Estados, ou não tém nenhum fundamento juridico. A rigidez logica evidencia apêgo ao raciocinio abstracto, a despeito de factos como a Republica norte-americana, a Confederação suiça e a Alemanha de 1871. Juntem-se a estes a Suiça de 1874 e a Alemanha de 1919.

Depois, JELLINEK partiu da criação do Estado como phenomeno historico-cultural. O povo preexiste ao Estado nacional e, adquirindo consciencia da sua unidade, traduz tal sentimento, organizando-se em unidade e constituindo, assim, o Estado. Tal criação consiste em que a nação cria estado de coisas que permitte o exercicio das funcções da vida collectiva e a formação de orgãos pelos quaes se torna capaz de vontade e de acção. Nascimento de Estado e Constituição dizem a mesma coisa; por isto, uma e outro não pódem ser deduzidos de actos juridicos: necessariamente os excedem, por ser criação historico-cultural, e não só juridica, o Estado. O direito *junta-se* ao facto, não o cria. Pela

mesma razão, não é susceptivel de explicação exclusivamente juridica o Estado federal. Nelle, os Estados particulares tomam parte, porém na qualidade de forças historico-sociaes. O que é importante, juridicamente, entre elles, é o tratado, quer na determinação das clausulas para a entrada, quer pela prova de não contradizer o direito publico dos componentes a formação do novo Estado. O fundamento do Estado federal não está no tratado, nem na Constituição, que exista, nem na promulgação pelos Estados componentes; escapa ao dominio juridico.

A theoria, reconhecendo, na terminologia defeituosa do tempo, que o direito é apenas um dos processos sociaes, uma das dimensões, nega que a questão do fundamento se possa levantar no direito. Exactamente o contrario é que se passa. E' impossivel excluir o aspecto juridico. Toda formação de Estado federal traduz phenomeno de adaptação; o processo, se não o mais interessado, pelo menos o em que o laço federativo se concretiza fundamentalmente, é o juridico. Não se nega que a criação seja social, no sentido de nelle intervirem processos de adaptação (ethnico, politico, moral, economico, religioso, artistico) e não necessariamente todos (a criação póde ser só politico-economica, ou só ethnico-politica, etc.), mas é mediante o processo juridico que o Estado federal *nasce*. A unidade politica sem a intervenção do facto juridico é insufficiente para surgimento do novo Estado.

A origem do Estado federal não é necessariamente o tratado; movimentos nacionaes, ou globaes, pacificos, ou não, guerras com effeitos de unificação, pódem ter como consequencia a apparição do Estado federal. A vontade dos componentes não conta; conta a vontade dos *dominantes*, esparsos por todos elles, ou por alguns. Certos Cantões tiveram de se submeter ao Estado fe-

deral, em 1848. Por onde se vê que o Estado federal póde nascer *pelo mesmo modo* que o unitario. Daí a tirar-se, como fez LE FUR, que o facto não é susceptivel de explicação juridica, longa distancia vae. O desapparecimento de Estados, no sentido proprio, é facto natural, que o direito internacional reconhece. Sociologicamente, só é anormal no que desattende a principios fundamentaes[1].

Se o Estado federal nasceu de tratado, os Estados, no plano internacional se obrigaram a criar Estado, de que serão membros: porque o fizeram na ambiencia internacional, della recebem, para o novo Estado (ou melhor, o novo Estado instantaneamente ou *immediatamente* recebe), *originariamente*, a competencia distribuida. As bases constitutivas insertas no proprio tratado ou a Constituição que se fizer será *exercicio* daquella competencia e derogará as Constituições dos compo-

1. PONTES DE MIRANDA, *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, ps. 154, 155: «Póde haver dilatação do circulo social sem que se verifique *evolução*. Porque? A razão é simples: são máus os crescimentos effectuados com violencia, sem serem determinados, funccionalmente (digamos assim, em sentido mathematico), pelo *processo* da adaptação interior ou exterior, isto é, se não *resultam* ou se não *produzem* a diminuição do *quantum* despotico. *Pelo accommodamento*, traduz-se a interacção geral e permanente dos membros dos grupos, que marca como evolutivo o que a *adaptação* realiza (principio da crescente estabilidade) e, pois, a diminuição da violencia entre os membros dos grupos (principio da progressiva diminuição do *quantum* despotico). Mas ha outra actuação, que é a das forças que se exercem na superficie dos circulos (tensão superficial, interacção entre membros de circulos mais largos). Ora, a fórma resulta da compressão reciproca: se ha dilatação sem que della *resulte* ou sem que ella *determine* a diminuição da violencia, não ha *evolução*, porque não se marca nenhum gráu de adaptação realizada, não se verifica a *estabilidade crescente*, tra-

nentes no que a contravierem. Executado o tratado, ou elle desapparece pela execução (nada obsta a que acto *internacional* tenha o *resultado* de extinguir Estados, quando são elles livremente que preferem forma acórde com a lei de crescente dilatação, e integração dos circulos sociaes e, portanto, *superior*), ou não desapparece, persistindo o contacto de cada um com o direito internacional. Lá, temos o Estado federativo; aqui, a Confederação.

Em certos casos — **Mexico, Brasil, Austria (1920) — o Estado federal nasce sem tratado. Não se veio do multiplo para a unidade. Vae-se da unidade para o multiplo. Então, o elemento imitativo (symetria com outro Estado inspirador) perturba a estructuração dos Estados federaes. A explicação consegue repôr nos devidos termos o problema. Estado que passou do unitarismo á federação, ou o fez em virtude de *administração*, acto essencialmente subordinado á unidade de fóco jurife-**

---

ductora de melhor solução para a vida. Se o povo A, grande e forte patria, sem se mesclar, naturalmente, ao povo vizinho B, sem influir, branda e espontaneamente, sem no assimilar e sem no tornar identico a si, occupa-o com violencia, podemos dizer, segundo os criterios exactos da politica scientifica, que o povo A errou. Mais cedo ou mais tarde sentirá as reacções, que geralmente só se compensam quando o povo A é desmesuradamente superior a todos os outros interessados na luta. Mas, se bem relembrarmos o passado e observarmos o estado actual do mundo, veremos que taes povos *absolutos* não existem, nem existiram nunca. Porque nenhum povo foi o *maior* durante grandes periodos da historia. A verdadeira e sabia politica internacional conservativa é a da justiça e a do arbitramento, a do acôrdo e das convenções e tratados. Quando a violencia é o criterio, os erros tornam *aleatorio* o futuro das grandes nações, porque não pódem prever *aonde* e *com que intensidade* se produzirão, no subconsciente dos outros povos, as *reacções latentes* aos seus actos».

rante[1], ou de *desaggregação*. No primeiro caso, chama-se-lhe Estado federal e, talvez, Estados aos componentes, dando-se ás coisas nome que lhes não convém. (Os nomes não mudam a natureza das coisas, se bem que os termos improprios criem confusões e empecilhos.) No segundo caso, o problema tém de ser planteado perante leis sociologicas, perante as leis de evolução[2].

Finalmente: I. O direito internacional é que regula o nascimento e a desapparição dos Estados. Não basta a existencia de uma Constituição, nem a existencia de Constituição elaborada e promulgada, segundo o conceito democratico, ou qualquer outro, é indispensavel: a Constituição não é *necessaria*, nem *sufficiente*. A existencia de governo e de normas geraes internas está para o direito internacional como o *negocio* para o direito

1. Pontes de Miranda, *Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, p. 153: «Leis dos circulos sociaes (no espaço): *a*) as sociedades são quantitativamente differentes, e aos circulos menores (par, clan, tribu, cidade) superpõem-se outros maiores (nações de tribus, Estados, Uniões, Sociedale das Nações, Humanidade); *b*) centralização, especialização (lei synchronica)».

2. Pontes de Miranda, *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 154: «As evoluções realizam-se e são perceptiveis no exterior ou no interior dos circulos, porque se exprimem na *dilatação* ou *integração* delles e no aperfeiçoamento funccional representado pelas conquistas internas de organização *estabilizada*, correlativa á diminuição do *quantum* despotico. As perturbações regressivas são quasi sempre denunciadas pelos *signaes* particulares (violencias, oppressões, parasitismo, deliquescencia moral) ou generalizados (empobrecimento geral, separatismo). As avançadas marcam-se com os movimentos aggregantes, como o da União das colonias norte-americanas, do apertamento dos laços entre os Estados federados, pela politica internacional associante, o enriquecimento da população, o prestigio material e moral dos povos».

em geral. Nascimento e extincção de Estados são factos juridicos do dominio do direito internacional. Communidade, com ordem juridica estabelecida, é *negocio;* não é facto juridico internacional. Por isto mesmo, errou JELLINEK em só ver na criação do Estado puro facto. Não espanta que assim pensasse, pois a distincção entre o negocio e o acto juridico, que devia ser generalizada, não é feita por muitos, o que conduz a confusões lamentaveis. O *negotium* é o querer, mas o querer, para ser acto juridico, precisa mergulhar na ambiencia juridica, que lhe dará contornos, estructura propria. Na estructura, mais ou menos preestabelecida, póde haver traços necessarios que, incompativeis com o querido, o repellirão. Só, a vontade não cria o direito: vontade *mais* estructura, tal o que elle é; o acto juridico faz-se *cum voluntate*, e não só *ex voluntate*.

Entre o Estado federativo e o unitario, não ha, perante o direito internacional, nenhuma differença. E' conceito estranho ao direito das gentes.

II. A differença principal entre os typos ditos federativos assenta na ordem da legitimidade historico-politica das individualidades. Se as collectividades figuravam como Estados e exercem a funcção constituinte como *unidades*, a federação é do typo bismarckiano. Tudo se passa differentemente quando é o povo que comparece e *decide* dos seus destinos estructuraes: *"a Nação Brasileira adopta como forma de governo"*, dizia a Constituição de 1891. E' a legitimidade democratica do todo[1]. Gráu evidentemente mais alto de evolução politica. A Alemanha de 1919 veio juntar-se ao novo typo.

---

1. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*. München u. Leipzig, 1928, p. 168.

III. Unitarismo puro e federalismo puro constitúem formas abstractas, *a priori*, que difficilmente pódem ser aceitas como bases estructuraes de um Estado real. Nos factos, o que vemos é a hegemonia a corrigir o pluralismo das Confederações, um tanto contradictorio com o intuito aggregante, e certo *self government* concedido ou reconhecido pelos Estados unitarios. Entre os dois extremos, criações intellectuaes, incommensuraveis com a realidade, espectram-se as innumeras possibilidades palpaveis, concretas, do federalismo. Aos sabios e á arte politica dos estadistas, escolher, na escala, attentos ás circumstancias especiaes do seu povo, a composição mais feliz e mais efficaz. Na procura, não podem elles ter em mente quaesquer prevenções contra o unitarismo ou contra o federalismo. Justifica-se a hostilidade ao unitario puro ou ao puro federal. De modo nenhum se justifica a opção liminar, de origem sentimental, didactica, ou philosophica, por uma das duas soluções extremas. Máu seria o texto da nova Constituição alemã, se, no seu tempo, a levasse, na pasta, Bismarck; má, morta, já incompossivel com a vida, depois da revolução de 1918, a Constituição bismarckiana.

Scientificamente, o federalismo é um ponto hypotheticamente equidistante do unitarismo e do particularismo. Os tres são, em suas feições puras, como o ponto, a linha recta absoluta, o gás perfeito. Para os grandes Estados, o ideal remoto é a *unidade*, mas o presente impõe soluções federalistas; donde a formula politica, que a sciencia nos dá: procurar, ao longo da escala dos federalismos, aquelle que as realidades circumstantes permittirem *mais ao perto* da zona das construcções unitarias. No Tempo, isto significa buscar a solução mais adeantada que os dados geographicos e demographicos, os dados politicos, os dados sociaes em geral, mostrarem que comportam, *na hora que passa*.

IV. O pensamento juridico, exercendo-se por meio de raciocinios e construcções, leva a uma certa attitude sceptica, que é a de suppôr outras ordens juridicas possiveis, e de conceber como *méramente construido* o mundo das noções de direito. No proprio terreno positivo, já se tém pretendido exista a plena liberdade da escolha dos conceitos. A tal attitude esquece que a norma juridica ou se forma mecanicamente, com os dados intuitivos do costume, ou surge pela extracção intellectual, que necessariamente é guiada por uma maior ou menor porção de dados reaes, economicos, moraes, politicos, ou de outra natureza. Já a distribuição primaria das competencias obedece a estes dados (nacionalidade, communhão de interesses economicos, solidariedade historica) e os proprios Estados, exercendo a competencia distribuida, organizam-se de conformidade com o que lhes suggerem os dados interiores e exteriores. Aponta-o N. M. BUTLER, quanto aos componentes da Republica norte-americana, e FLEINER quanto aos cantões suiços, expressivos e protectores das minorias. A historia alemã fala por si mesma; e, salvo o que correu por conta de pura imitação americanizante, o federalismo brasileiro, ao advento da Republica, inspirou-se em interesses politicos e, até certo ponto, economicos, das differentes provincias. Assaz discutivèl a legitimidade daquelles interesses politicos, e arbitrarios, quanto á economia. Os traçados advindos do regime unitario e mantidos na federação, criaram problemas de difficil solução, por se haverem consagrado, como ponto de honra das populações, fronteiras que não correspondiam a realidades psychologicas, moraes, ou economicas. Estado unitario, ao fazer-se a Republica, tinha o Brasil de elaborar o novo direito constitucional com o fito integrativo, deixando o problema da descentralização ao direito administrativo. Os inspiradores de 1889-1891 não

prestaram attenção a esta grande verdade, que hoje podemos exprimir nas palavras concisas de RUDOLPH SMEND: direito do Estado é direito de integração; direito administrativo é direito technico[1]. Sociologicamente, nadava-se contra a corrente dos factos.

V. Um dos apriorismos que embaraçam as soluções, nos problemas constructivos do Estado federal, é o de se presupporem igualmente avançados na cultura os differentes trechos do territorio nacional e das populações. Preestabelece-se homogeneidade de tempo social que não existe, se bem que exista a homogenidade *biologica*, de *fundo historico* e de *destinos*. Unidade nacional não significa, necessariamente, igualdade de gráus de civilização. Tal o phenomeno brasileiro. Noutros povos, o problema é mais delicado, devido a outras heterogeneidades.

Sociologicamente, quando observamos um povo, podemos tê-lo como uno, ethnica, religiosa, moral, politica, artistica, juridica, economicamente, pelo menos nos traços geraes. Porém será erro não attender ás differenças do tempo entre elles. Os systemas sociaes têm o seu tempo peculiar. As sociedades obrigam os factos sociaes a variar segundo verdadeiros potenciaes dos seus campos; o que nellas se banha subordina-se ao rythmo que lhes é proprio, ao *tempo local*. Com ellas começa e com ellas acaba. Segui a marcha de qualquer phenomeno em populações asiaticas ou africanas e na America do Norte, e vereis a discordancia, o correr lento e a vertigem. "Que concluirieis vós se, ao examinar muitos factos, verificasseis que a differença entre o que acontece, num e noutro campo, persiste a mesma em todos os aconte-

1. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, p. 131.

cimentos do campo social em que as sociedades mergulham? Foi isto o que nos levou, antes de todos, a fórte investida contra a velha concepção *sociologica* do tempo absoluto, uniforme e universal, bem como a reagir contra a do espaço absoluto, infinito, isotropo, homogeneo, tridimensional, e euclidiano. Não ha tempo social dotado de propriedades metricas independentes dos corpos que nelle se acham. Não ha o continente — Espaço-Tempo — que possa existir sem o conteúdo, que é a energia (materia e radiação, na Physica; relações materiaes e psychicas, na Sociologia); existe, sim, o indecomponivel, o indissoluvelmente ligado: espaço, tempo, energia. Onde chega uma relação humana ai começam o tempo social e o espaço social, como surge o campo de gravitação onde quer que o tensor material seja differente de zero, isto é, onde quer que appareça energia[1]. Onde acabar a sociedade, com a ultima relação social acabará o espaço social e escoará o tempo social".

Uma forma concreta, vital, que attenda ás conveniencias territoriaes, de distribuição demographica e de interesses economicos, ao desigual "tempo local" das regiões, sem preconcebidas preferencias pelo federalismo puro, tal o que poderia servir á convivencia das populações brasileiras, á solução harmonica dos seus problemas e ao proposito do desenvolvimento cultural e material do homem, dentro das fronteiras do Brasil.

Não é demais repetir: a melhor fórma, dentre as possiveis e, até, dentre as *praticaveis*, deve ser attenta, zelosa, lealmente procurada pelos estadistas, pelos *technicos* das constituições. A responsabilidade delles é

1. Pontes de Miranda, *Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, p. 103, 104. Nesta obra ha os desenvolvimentos da concepção mathematica do tempo social.

enorme. Tanto maior quanto maior a sua competencia sociologica e politica. Porque o problema das infraestructuras politicas suppõe, ao mesmo tempo, problema de sciencia e technica sociologica, politica, economia e juridica. No fundo, uma questão de repartição das competencias, de fixação da competencia das communidades-membros.

COMPETENCIA DAS COLLECTIVIDADES MEMBROS

O problema da estructuração federal, por isto mesmo que exige *definição* por parte das Assembléas constituintes — *precisão* do typo escolhido dentre tantissimos possiveis — é um dos mais arduos, se não o mais arduo, da *forma* intraestatal. Outros, mais difficeis existem, communs aos Estados unitarios e federaes, mas concernem ao direito material das constituições: garantias da propriedade privada, socialização, determinação dos sectores de estatalização. No Estado federal, o grande problema é, *optimo iure*, o da estructura interna, em que se traduz, não só o *gráu* como o *systema* de descentralização. Competencia do centro e competencia das collectividades-membros, taes as duas zonas principaes que a linha lindeira, possivelmente assaz quebrada e mixta, constitucionalmente definirá.

1. *Estado federal e collectividades-membros*

Uma das theorias sobre a natureza do Estado federal explicava-a pela partilha da soberania (*The Federalist*, TOCQUEVILLE, WAITZ, J. HAUSMANN): cada uma das

entidades interiores e o Estado central seriam independentes e livres de acção; iguaes, por não haver *restricção*, e sim *partilha* (justaposição, e não superposição). Dois erros: o da noção inicial e o da partilha. Erro da noção inicial, porque a competencia do Estado é recebida do direito das gentes; a das collectividades componentes, devolvida: não ha, pois, soberania. A revisão constitucional commum não poderia ficar só aos Estados de per si: tém de ficar, só ou tambem, a maiorias nacionaes. Erro da noção de partilha, porque funde Estado federal e Confederação, ou Estado federal e unitario: ou ha o tratado, ou a constituição; se ha tratado, cabe o direito de secessão, pela clausula *rebus sic stantibus*. Surgiu tal theoria nos meios politicos separatistas (Estados do Sul da America do Norte: CALHOUN; Baviera: SEIDEL, até certo ponto NAWIASKY).

Passemos a outra theoria. A noção de soberania ainda serviu a BOREL e a LE FUR: soberano o Estado federal; os membros, não. Aquelle determina, livremente, a sua competencia; estes, não. Em que, então, o Estado federal se distingue do unitario? Em que, responde BOREL, no Estado federativo, se concebe certa participação das collectividades inferiores no exercicio do poder soberano; falta-lhes a soberania, mas a participação delles no *exercicio* do poder supremo os distingue das communas e outras corporações de direito publico. Além disto, são seres organicos que cooperam na criação e na execução da vontade do Estado[1]. A LE FUR isto não satisfez: o Estado póde dar ás suas provincias ou colonias a mais completa autonomia, isto é, parte tão grande quanto possivel no *exercicio* da soberania em

1. E. BOREL, *Étude sur la souveraineté de l'Etat fédéral*. Berne, 1886, p. 172 s.

seu territorio respectivo, sem por isto se tornar federativo. *Self government* e federalismo não significam a mesma coisa. O que distingue o Estado federativo e o unitario é que, naquelle[1], as entidades componentes, não sómente "partagent l'exercice de la souveraineté sur leur territoire avec le pouvoir central, mais de plus ils participent en leur qualité de membres de l'Etat fédéral à la substance même de la souveraineté, à la formation de la volonté de l'Etat fédéral tout entier". Borel e Le Fur objectam que os factos não nos apontam Estado unitario que dê ás provincias tal participação. Mas, em verdade, nada impediria de dá-la, e só com isto não se tornaria federativo. O seculo veio mostrá-lo (Constituição prussiana de 30 de novembro de 1930, de consequencias reconhecidas na vida do *Reich*, Constituição de Weimar, art. 63).

A theoria de Laband e de Jellinek só ao Estado federal reconhece a soberania, mas as collectividades componentes são, tambem, Estados, e por isto se distinguem das outras collectividades inferiores. O Estado federal é especie do genero Estado composto, caracterizado este pela dupla ou multipla hierarchia. Os componentes ficam mediatizados: vendo-se de baixo, o componente é dominador; vendo-se do alto, dominado. Só o Estado central tém soberania; as collectividades mediatizadas não perdem o caracter de Estados. A autonomia, e não a soberania, caracteriza o Estado.

Na theoria do Kelsen, ha tres ordens juridicas: a da constituição, ou da collectividade total; a do *Bund;* a da collectividade-membro. Reminiscencia de Haenel e de Gierke. Se vulgarmente só se vêem duas, é porque

1. Le Fur, *La confédération d'Etats et l'Etat fédéral*, Paris, 1896, p. 601.

os *orgãos* da communidade total e os do *Bund* são os mesmos. A identidade physica dos titulares dos orgãos, a despeito da dualidade destes, impediu que se discriminassem, na doutrina, as duas collectividades. Por outro lado, foi tal identidade que levou á errada conclusão de que o *Bund* é ordem superior á das collectividades-membros[1]. A separabilidade dos orgãos mostra que a communidade central não se identifica com a total. Exemplo: na Austria, onde a Côrte federal nada tém com o *Bund*. Teriamos assim: a ordem juridica da communidade total, a ordem juridica federal, a ordem juridica de cada Estado. A competencia originaria pertence á collectividade total e não á communidade federal, nem, tão pouco, ás interiores ou parciaes.

A construcção é seductora; comtudo, sem fundamento historico, especulativa. KELSEN cita o exemplo da Côrte de Justiça constitucional da Austria[2]. E' bem pouco. Poderiamos citar a Constituição chineza de 10 de outubro de 1923, que instituiu Côrte suprema para a solução dos conflictos entre o poder central e as provincias (note-se bem: provincias), e ser-lhe-ia difficil explicar a existencia de tres ordens juridicas ou, pelo menos, de duas: a China é unitaria[3].

Os córtes horizontaes, que pretendeu KELSEN, distinguem interesses nacionaes — *totaes*, prefere dizer — e interesses *federaes* e *locaes*. Scisão, *theorica, historica* e *praticamente*, falsa. Theoricamente, porque as

---

1. H. KELSEN, *Die Bundesexekution*, em *Festgabe für Fritz Fleiner*, 1928, p. 130 s.

2. Hoje, tambem, a Constituição de Espanha, de 9 de dezembro de 1931, art. 100.

3. M. MOUSKHELI, *La théorie juridique de l'Etat fédéral*, Paris, 1931, p. 188, nota 2.

realidades não permittem que se induza a triplice ordem juridica, e complica, inutilmente, a construcção do Estado federal, attribuindo o caracter de total, nacional, ao papel da Constituição, quando, em verdade, na discriminação dos interesses geraes e locaes, na propria adopção do systema federativo, o Estado considerou geraes os interesses totaes. Historicamente, porque o Constituição-*acima* dos poderes, traduzindo-se na supremacia do Poder judiciario, nunca se ligou á existencia de terceira estructura suprema, que tratasse, como de ordem igual, os interesses federaes e os locaes: a observancia do discrime de competencia e a correcção constitucional, quer pela violação por parte das autoridades geraes, quer por parte das autoridades locaes, não significam que umas se submetam ás outras, nem que os interesses geraes e os locaes sejam de igual importancia, — apenas significam que titulares dos orgãos geraes e locaes infringiram a Constituição. O interesse a que se chama federal é o *enumerado* ou interpretado como *geral* e, pois, necessariamente, superior aos interesses locaes, mais restrictos. A subordinação do Estado federativo á sua Constituição não é differente da subordinação do Estado unitario á sua. A verificação da constitucionalidade das leis e demais actos governamentaes póde existir num e noutro systema. *Constitúe gráu de evolução technica de direito publico; e não caracteristica do Estado federal.* Praticamente, — as violações commettidas pelo *Bund* ou pelas collectividades-membros são tratadas como de responsabilidade por culpa individual, mas em virtude de ser o Estado o apparelho de realização dos fins sociaes e não a sociedade mesma. Collabora, como factor principal, na formação da regra juridica superior, sem que, por isto, se precise de imaginar terceira ordem juridica, superior a elle, para que se submeta ao seu direito. A communidade internacio-

nal dá-lhe a competencia; a sociedade, o Estado, exerce a faculdade de organizar-se; organiza-se, cria o seu direito, dentro dos principios que a communidade internacional lhe permitte; mas, criando-o, perderia o caracter de Estado, se negasse elle mesmo ao seu direito, á sua organização. A apreciação judiciaria da constitucionalidade das leis só existe porque o Estado lhe deu vida. Se fôr o Chefe de Estado o unico poder verificador, não se poderá dizer que elle, sozinho, seria terceira ordem juridica, ou o orgão da communidade total. No momento em que o Estado unitario se organiza em Estado federativo, ainda que diga ficarem aos componentes os poderes não enumerados, considerou de interesse *nacional* as regras de competencia exclusiva do Estado (central) e tambem de interesse *nacional* que se adoptasse o systema federativo. Se são Estados que se unem, consideraram *geral* o interesse de organização, a politica das estructuras. A Constituição identifica os interesses geraes e os locaes, *quanto á discriminação* com os *nacionaes:* aqui, portanto, *quanto á politica das formas, das estructuras,* é que poderia surgir a noção de interesse *total.* Ora, KELSEN leva tal conceito ao dominio material, onde, evidentemente, não cabe. Quanto ao conteúdo, á materia, os interesses *geraes* são interesses *nacionaes* e os interesses *locaes* são interesses que só são *nacionaes* por serem partes do interesse *nacional.* Houve interesse *nacional* em partilhar, no plano horizontal, as jurisdicções, ha interesse *nacional* em que ellas floresçam, porque: 1) a integração das partes é necessaria á integração do todo; 2) a ordem e enriquecimento de cada parte concorre para a ordem e o enriquecimento total. Na *origem,* portanto, e na *finalidade,* as estructuras interiores, no Estado federal, são tambem *federaes,* de interesse geral. Dentro, quanto á *materia,* é que são locaes. A violação de preceito constitu-

cional por parte dos poderes geraes viola a lei *geral;* a violação de preceito constitucional por parte de poderes locaes tambem viola a lei *geral*, o interesse geral, a *forma*. Porque o povo, o Estado, organizando-se em Estado federal, não renunciou, nem cedeu, um ponto sequer, do seu interesse *geral* quanto á *forma*, á disciplina das estructuras. No exercicio do direito que lhe advém da distribuição internacional, do poder de constituir-se, foi que deixou certas *materias* ás collectividades-membros. A renuncia á *generalidade* do interesse das estructuras importaria em transformá-lo em Confederação, em *pluralidade*. Ora, internacionalmente (vale dizer, quanto á *origem* e á *finalidade*), o Estado federal é um só: o interesse geral, chamado federal, é igual ao interesse geral material *mais* os interesses de estructuração do paiz. Os interesses locaes materiaes são separados por necessidade de estructura, de que só o povo (unidade geradora) póde decidir. Portanto, a especulação de KELSEN, que scinde a ordem juridica total e a federal, provém de insufficiencia de dados philosophicos[1] e de ser estranho á Europa, *quid novum*, o phenomeno moderno de direito publico, que é a acção de inconstitncionalidade das leis.

A participação das collectividades menores na revisão da Constituição, participação susceptivel de variante e, pois, de *graduação*, poderia ser incluida como *um dos elementos* para a classificação dos Estados federativos. Por isso, dizer-se que o *caracteriza* é proposição tão arbitraria quanto qualquer outra. O conceito de federalismo não é de conteúdo certo. Não é uma catego-

1. Sobre a ignorancia do estado actual do pensamento, por parte da escola de Vienna, — H. HELLER, *Die Souveränität*, Berlin, 1927, p. 78.

ria juridica, como "usufructo", "hypotheca", "imposto". Assim, depende do ponto de partida a resposta á questão de saber se tém razão KUNZ, para quem tal participação não resulta da essencia do Estado federal, e depende, tão sómente, do direito positivo de cada Estado[1], ou os que entendem necessaria tal participação.

Se a collectividade-membro póde discutir, perante a Côrte, a violação de preceito constitucional por parte dos poderes geraes, é porque tambem é *geral* o interesse na discriminação, na separação material. Tão geral, que a acção seria promovivel pelos proprios individuos lesados pela infracção. E' preciso não confundir o poder *geral* (executivo, legislativo, judiciario) com o Estado, salvo, onde, pela propria *forma*, se *identifica* com elle: o Legislativo, quando faz a lei, o Judiciario, quando julga, o Executivo, quando executa e administra. Se o intuito da Constituição austriaca foi criar outra ordem, de duas uma: ou logrou novo typo de Estado, no qual o poder estatal está com a Alta Côrte constitucional, vindo depois o *Bund* e os paises, em igualdade de situação, o que constituiria facto novo, realização de Estado (unitario) ainda não visto; ou apenas dividiu a Suprema Côrte, a Côrte federal, em differentes tribunaes, um dos quaes a Alta Côrte Constitucional: e podia fazê-lo. Qualquer das soluções não altera a theoria do Estado federal, — teria sido obra de racionalismo[2] politico, de especulação, de apriorismo, com a qual nada se provaria contra os factos que nos descrevem a estructura do Estado federal.

Insistamos no assumpto.

---

1. J. L. KUNZ, *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929, p. 666.

2. Racionalização, no sentido proprio, e não no sentido inexacto em que empregou MIRKINE-GUETZÉVITCH o termo.

NAWIASKY tambem pretendeu manter a noção de igualdade do *Bund* e das collectividades-membros. Não nos esqueça que se trata de um professor bavaro, como SEIDEL. Mas, nelle, comprehende-se; é defensor do primado do direito nacional. Para elle, onde se *córtam* os direitos nacionaes, onde se encostam, onde deixam a cisura (*Ausschnitt*), é que existe direito internacional. No fundo, a velha theoria da soberania estatal. Daí, por meio de raciocinios abstractos, em tessido deductivo, desce aos problemas do Estado federal, que continúa a ser, para elle, composto de Estados, ainda soberanos, porque, do contrario, não seriam Estados. Em que consistiria a differença entre a Confederação e o Estado federal? Em que, naquella, não ha *outro* Estado, o central, que existe no Estado federal[1]. Como explicar que a competencia originaria (o que nós chamamos originariamente distribuida e, para elle, é a *Kompetenzhoheit*) pertença ao Estado central? A competencia da competencia (não nos esqueça que NAWIASKY mantém a noção de soberania) é uma das attribuições do poder estatal: póde ir ao Estado central como póde ir aos Estados-membros. Se foi ao Estado central, se este modifica a repartição de competencias em detrimento daquelles, fá-lo dentro do poder que aquelles lhe deram, portanto não no faz contra a vontade delles. Não se procede contra a vontade de outro quando estoutro investiu da funcção o agente e os procedimentos cabem na investidura. A soberania dos Estados fica salvaguardada.

Escusado é dizer que a theoria de NAWIASKY é ainda mais inaceitavel que as outras.

---

1. H. NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen, 1920, p. 196 s; — *Grundprobleme der Reichsverfassung*, 1928, p. 3.

2. *Escala federativa*

O Estado federativo, desde que os componentes *perdem* ou *nunca tiveram* o contacto (de direito proprio) com o direito internacional, constitúe typo de Estado, que só differe do Estado unitario pelo maior gráu de *descentralização*. Donde ser possivel toda uma escala miuda, que vae, theoricamente, do momento em que os Estados componentes perdem o caracter de Estados propriamente ditos (o que só se dá perante o direito internacional, porque Estado é conceito de direito internacional) e se federam, ou em que o Estado federal se forma, *quasi* a dar as collectividades componentes o caracter de Estado, até aquelle em que o Estado já se poderá denominar unitario. Sociologicamente, é impossivel fixar, *precisa* e *invariavelmente*, na linha numerada que liga o Estado federal puro ao Estado unitario puro, a posição de qualquer Estado federal: primeiro, porque, qualquer que elle seja, ainda que o *immediato* á Confederação (seria entidade estatal abstracta), já contém elementos *unitarios* (razão para só se crer pura a Confederação em que o tratado contém todos os poderes concedidos, só alteraveis por novo tratado); segundo, porque, desde o momento em que se cria o Estado federal, a tendencia — traduzindo lei sociologica, que é a da crescente integração dos corpos sociaes, ligada a

---

1. No Espaço-Tempo social, caminha-se para o maximo possivel de symetria; portanto: para os circulos mais largos, até o universal ou da humanidade; para a mais perfeita symetria (adaptação) entre os habitantes e as zonas terrestres (divisão do trabalho entre os povos); para a maior estabilidade; para o maior rendimento do esforço (maior equilibrio mental e organização scientifica).

principios da mecanica social e universal — é para a *realização* da vida em sentido crescentemente mais unitario do que está no "programma de vida", que é a Constituição. Poderemos imaginar escala de poderes decrescentes dos membros da federação, a partir da Confederação, aliás, tambem esta, como seria facil mostrar, susceptivel de escala:

1. Confederação (genero).

2. Estado federal em que o Centro só possúe a unidade de nacionalidade, o caracter internacional de Estado, sem o poder de auto-constituir-se democraticamente (homogeneidade eleitoral).

3. Estado federal em que o Centro, além daquelles elementos, dispõe de poder proprio de auto-constituir-se, democraticamente, ou segundo criterio geral, indifferente ás estructuras dos componentes.

4. Estado federal em que o Centro tém os tres poderes, differentes dos tres poderes de cada componente e cabe-lhe respeitar o poder constitucional dos componentes.

5. Estado federal, em que o poder constitucional dos membros só se refere a materias assaz restrictas.

6. Estado federal, em que o poder constitucional dos membros depende de approvação *politica* (não confundir com a approvação *juridica* ou controlo constitucional) do Centro, ou da maioria dos outros membros,

7. Estado federal, em que os membros exercem o poder legislativo e um dos dois outros (Executivo ou Judiciario), podendo auto-constituir-se a respeito delles.

8. Estado federal, em que os membros exercem o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciario da 1ª instancia, cabendo á União o de 2ª instancia, e podendo elle auto-constituir-se.

9. Estado federal, em que os membros têm pode-

res legislativos, administrativos e judiciarios, segundo o texto da Constituição[1], *sem poder auto-constitutivo.*

10. Estado federal, em que os membros só têm Poder Executivo e Legislativo, sem poder auto-constitutivo.

Como a repartição das competencias é possivel com pequenas differenças, — mathematicamente, o calculo combinatorio da repartição seria extremamente complicado. Sete attribuições, que fossem, dariam nada menos de cento e vinte sete repartições possiveis, portanto cento e vinte e sete federações differentes[2]. Se quinze as attribuições a serem repartidas, seriam nada menos de 16.383 as formas possiveis! Se admittirmos competencia cumulativa em certas materias, limitações a favor dos principios, funcções de vida externa (internacional), teremos complicado ainda mais, e subirá a muitos milhões os typos empiricamente possiveis.

E' de grande importancia notar que, por maior que seja a somma das attribuições dos membros da federação, não se tornam elles *acima* do Estado federal, — a competencia que se lhes dá é de caracter interno, *devolvida*, secundariamente recebida, e inconfundivel com a que o Estado, no sentido proprio, recebe da communidade internacional (distribuição das competencias).

O direito positivo de cada Estado é que *reparte* os poderes centraes e os locaes. A elle é que compete adoptar uma dentre as muitas estructuras possiveis, e dar *estabilidade* — a estabilidade especifica do phenomeno

---

1. Austria: a funcção legislativa é exercida, nas Provincias, pelas Diétas provinciaes (art. 95); o art. 97 regula a votação das leis; o art. 101, a eleição do governo provincial pela Diéta; o art. 116 divide as Provincias em communas e districtos autonomos.

2. Formas federativas possiveis quando *n* as *attribuições*: $Sn = 2\ (2^{n-1} - 1)$.

juridico, accrescida da estabilidade (hoje technica), de uma Constituição, que se sobrepõe ás leis — a proposições inspiradas nas circumstancias, historicas, politicas, economicas, de cada povo.

Para evitar a confusão com a distribuição originaria, que sómente cabe á communidade internacional, falaremos de repartição de competencia; o Estado recebe e *reparte* (devolução). Na divisão, ou elle esgota a enumeração dos poderes, de modo que, repartidos, os textos devem decidir a qual das competencias toca, se á central, se as locaes, permittindo que se creia na plenitude logica da Constituição; ou prevê a omissão, deixando que se considerem das collectividades componentes todos os poderes não mencionados; ou, finalmente, manda que se tenha como do Estado, e não das collectividades componentes, todos os poderes que não foram devolvidos a estas.

O primeiro methodo está ligado ao velho erro da possivel plenitude logica do direito, não attende á inevitabilidade das lacunas, assumpto de que E. ZITELMANN e ERICH JUNG fizeram os ultimos e decisivos estudos. Deante das novas relações da vida, da transformação de interesses locaes em interesses geraes, tém de fracassar o proposito de rígida enumeração.

---

1. ERNST ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 27 s.; — ERICH JUNG, *Von der «logischen Geschlossenheit» des Rechts*, Berlin, 1900, p. 20 s.; — *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912, p. 11-16. No *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 494, escreviamos: Antes de JUNG (sentença de ZITELMANN, cf. H. TRIEPEL, *Die Kompetenz des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung*, em *Festgabe für Laband*, 1908, p. 287), já se pensava assim, mas é a JUNG que se deve o reconhecimento cabal do principio. No

Restam os dois outros. Na falta de menção, entende-se que ficou a uma das collectividades, a central, ou as locaes, conforme o systema adoptado. Ambos assentam em presumpção: o que muda é o circulo a favor de quem se presume. Tambem não são elles sem inconvenientes. Novo interesse, ou nova relação póde surgir, que, pela presumpção formal, deve pertencer ao governo local, quando, por sua natureza, pelo caracter geral, que é o seu, mais conviria deixada ao governo central. No fundo, ha certa contradicção, porque a enumeração deve ter obedecido a criterio seguro, ao exame das materias, e a presumpção, pela simples omissão, se chocará com o criterio adoptado, sempre que, applicado elle á materia omittida ou nova, seja acertada a solução contraria ao que se mande presumir. A regra, devido á generalização crescente dos interesses, á propria lei de progressiva dilatação e integração dos corpos sociaes, é transformarem-se em interesses de ordem geral os interesses locaes, de modo que a presumpção a favor do circulo mais largo menos damnos causa que a outra. Porém, quando se trata de technica, de applicação, e não de politica integrativa, é possivel surgirem casos em que se justifique a presumpção a favor dos circulos menores.

O exemplo é no sentido da presumpção a favor das

---

entanto cumpre reconhecer que, ao ser dado por JUNG o golpe definitivo na chamada plenitude logica do direito, ainda resoavam aos nossos ouvidos as palavras de K. BERGBOHM (*Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 384: «Ein Recht... ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes»). A' força de expansão logica, que teria o direito, deveria corresponder methodo de pesquisa das soluções, por meio de operações puramente logicas.

collectividades menores[1], inclusive quanto á Constituição brasileira de 1891, art. 66, 2º. A do Canadá (art. 91) e a da Africa do Sul (art. 85) são excepções.

Parece-nos que outro deve ser o methodo: em vez da rigidez enumerativa e da presumpção, a *concurrencia*, no sentido, porém, de prevalecer a lei geral, ainda que posterior á legislação local. O legislador do circulo menor legifera *se* e *em quanto* o do circulo maior não usa do seu direito de legislar. Depois da legislação central, o legislador local póde legislar nas materias que lhe foram deixadas, respeitando os principios postos.

O circulo maior legisla e resolve necessariamente: *a*) sobre declaração de guerra; *b*) sobre legação; *c*) sobre tratados.

Não é incompativel com o Estado federal:

1. A personalidade internacional de algum ou de todos os seus membros desde que tambem *dependente* do direito interno e não só do direito internacional. O Estado federal póde retirá-la, pois foi elle que a deu, se bem que com o assentimento da communidade internacional. O caso dos Estados-membros do Imperio alemão de 1871 constitúe typo intermediario entre o Estado confederado e o membro do Estado federal, propriamente dito.

2. O exercicio de certos direitos internacionaes, como o de legação[2], o de concluir tratados, desde que se origine de *repartição* constitucional de poderes (orga-

---

1. Alemanha de 1871 (art. 4), de 1919 (arts. 6-10); Suiça (art. 3); E.U. da America do Norte (Amendment X); Mexico, (art. 117); Argentina (art. 104); Australia (art. 51); Austria (art. 15); S.S.S.R. (art. 3).

2. Sobrevivencia monarchica dava tal prerogativa a outros Estados alemães, no Imperio de 1871.

nização estatal, portanto de direito interno) e não de *distribuição* de competencia pela communidade internacional. Aliás, taes direitos serão menores do que os exercidos pelo proprio Estado federal. *Juridicamente,* no plano do direito constitucional, é possivel a construcção que dê aos componentes ou a algum ou alguns delles funcções internacionaes: o direito constitucional não se oppõe a isto. *Politicamente,* é desaconselhado, por superfluo, complicado e perigoso; perante a communidade internacional, de cujo assentimento se precisa, a possibilidade *juridica* depende do estado vigente do direito internacional.

A estructura interior dos Estados póde ter reflexos internacionaes, porém sem que se trate de distribuição originaria, de poder oriundo da communidade internacional. Exemplo typico é o tratado permittido ás colonias: nem por isto ellas se tornam Estados; exercem poder conferido secundariamente pelo Estado, de que são parte, poder de direito publico interno.

Quanto a este direito de concluir tratados, costuma-se dizer que o direito internacional não o reconhece ou que o reconhece aos componentes do Estado federal. Ha confusão. Se o tratado é permittido pelo direito constitucional do Estado, este usou da competencia que lhe foi originariamente distribuida; necessidade logica e juridica obriga-nos a considerar o Estado federal como assegurador delle, na qualidade de criador da ordem juridica. No direito internacional, apparece o Estado federal como unidade, e o tratado, *ex hypothesi,* vale como acto de direito interno e internacional ao mesmo tempo.

3. A resalva de direito de guerra entre um dos componentes e um Estado estrangeiro, regulada, constitu-

cionalmente, a neutralidade dos restantes (ou nos casos previstos[1]).

4. A exigencia do consentimento de cada componente para se obrigar á guerra[2].

A Alemanha de 1919 (arts. 6, 1°, e 78), a Austria (art. 10, 2) e a União das Republicas Socialistas Soviéticas (art. 1*d*) só admittem declaração de guerra pelo governo central. A excepção norte-americana e mexicana justificava-se ao tempo das communicações difficeis. Hoje, já se não justifica.

O circulo maior legisla e resolve, *de regra: a*) sobre pesos e medidas; *b*) sobre o serviço de correios, telegraphos e telephones; *c*) sobre alfandegas e commercio estrangeiro; *d*) sobre milicia nacional e negocios militares; *e*) sobre a admissão de novos membros; *g*) sobre questões de fronteiras exteriores; *i*) sobre estado de sitio.

A politica constitucional orçamentaria é no sentido da independencia dos orçamentos, — fixação *material* dos impostos centraes e locaes.

Não é incompativel com a natureza do Estado federal:

1. O systema de contribuições impostas aos circulos menores[3], o que permittiria a descentralização administrativa mais completa.

2. Inversamente, o systema de arrecadação parcial pelo circulo maior, com a divisão do arrecadado entre o circulo maior e o menor respectivo.

---

1. E. U. da America do Norte, cap. I, secção 10, § 3 (invasão, perigo imminente); Mexico, arts. 112 e 111.

2. Talvez o caso dos Dominions britannicos.

3. M. MOUSKHELI, *La théorie juridique de l'Etat fédéral*, Paris, 1931, p. 276.

3. O systema do orçamento feito pelo circulo maior e da arrecadação pelo circulo menor, segundo a repartição *material* ou um dos systemas acima referidos.

1. O systema de fontes materialmente fixadas como receita do circulo maior e, no caso de não cobrirem as despesas, contribuição imposta a cada circulo menor conforme criterio quantitativo. (Proporcional á população, no Imperio alemão, em 1871, art. 70; mas nada obsta a que se adopte outro, como o da Suiça, art. 42, que manda a lei federal sobre contribuição dos Cantões attender á riqueza delles e ás suas possibilidades de imposição.)

5. O systema dos contingentes militares locaes (Alemanha de 1871, art. 60; Suiça, art. 19), sob commando do circulo maior. As policias militares locaes, sem forte e decisiva ingerencia do circulo maior, constitúe erro de politica, — attenta contra a lei de crescente integração dos corpos sociaes. Só se pódem comprehender como partes integrantes e effectivamente subordinadas ao centro e homogeneizadas ao Exercito nacional. Neste sentido, o exemplo do Brasil constitúe deformação do proprio systema constitucional adoptado.

6. A existencia de certas normas desiguaes para os membros da federação. Federalismo e desigual organização das collectividades-membros, por parte da Constituição federal, não são incompativeis. As collectividades menores devem organizar-se por si e é possivel que se organizem de modo differente; nada obsta a que o Estado fixe a um certas formas, e a outro, outras[1], desde que o seja sem intuito de subordinação de uma collectividade a outras, ou vice-versa. A hegemonia *de*

1. Canadá (arts. 69, 71): Ontario, uma Camara legislativa; Quebec, duas.

facto é possivel nas federações (federalismo de grandes differenças) e até a *juridica* (federalismo hegemonico, Alemanha de 1871); porém a subordinação de todos a um póde excluir a federação e criar o Estado unitario. E' questão de gráu.

Os Estados-membros não pódem, *de nenhum modo: a*) guerrear-se entre si, ou um atacar a outro[1]; *b*) adoptar entre si laços mais estreitos que os derivados ou permittidos pela Constituição; *c*) praticar actos illicitos contra Estados estrangeiros.

Nos Estados federativos, o poder executivo central póde ser o monarcha de um dos Estados (Alemanha de 1871) ou o chefe eleito de um Estado. A eleição póde fazer-se directa (Brasil de 1891, art. 47, Alemanha de 1919, art. 41, Austria, art. 60 modificado pela segunda Novella de 7 de dezembro de 1929), indirectamente (E. U. da America do Norte, cap. II, sec. I, § 2), ou pelas duas Camaras (Venezuela, arts. 96, 97). Na Suiça (art. 95), o Conselho federal, triennalmente eleito pela Assembléa (art. 96), exerce o poder executivo, elegendo, annualmente, o Presidente da Suiça (art. 98).

A administração póde variar do typo "dois poderes num só orgão", como occorre nos Estados federativos, nos quaes o governo central não dispõe de funccionarios e se serve do apparelho administrativo dos Estados (duplicidade de funcções, identidade de orgão), e de que são exemplos a Alemanha de 1871 e a de 1919 (art. 14), até áquelle em que o governo central dispõe de administração separada, preponderante. A espectração é possivel dentro do proprio typo extremo dual, porque a preponderancia depende da repartição formal das competencias. Os E. U. da America do Norte e

1. Constituição argentina, art. 109; brasileira, art. 66, 3.

o Brasil de 1891 adoptaram typo proximo ao ultimo, porém, theorica e praticamente, com a maior importancia da administração local (volume do apparelho administrativo). A Austria associou a administração directa e a indirecta.

Quem diz federalismo diz descentralização. Quem diz descentralização diz federalismo? Alguns autores entendem que não: os membros do Estado federal escapam á autoridade deste (dentro do que a constituição lhes traça, são livres); o Estado federal não póde augmentar ou reduzir os seus poderes, sem o assentimento das collectividades-membros (o poder legislativo do Estado unitario póde elevar ou baixar o gráu de descentralização[1]). Examinemos as duas proposições. No Estado federal, como no unitario, a lei das estructuras tém as mesmas possibilidades de estabilidade e de respeito, — apenas, no Estado federal, se criam processos especificos para os casos de violação dos limites da competencia, cabendo a um dos orgãos *centraes a intervenção* ou exame dos actos quanto á *inconstitucionalidade*. Nada impediria que iguaes processos surgissem nos Estados unitarios[2]. (Assistimos, nos nossos dias, a verdadeira permuta de technicos entre os dois typos de Estado, permuta que traduz *positividade* da indagação scientifica, pragmatismo da politica constitucional, e não, como inexactamente se disse, *racionalização*[3].)

---

1. H. Berthelemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1920, p. 103.

2. Por exemplo: a China, unitaria.

3. Mirkine Guetzévitch (*Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, 2ª édition, Paris, 1930, p. 24) diz que a Austria offerece outro exemplo de «racionalização» do federalismo: o termo é improprio, porque racionalização significa, como veremos, outra coisa, e no caso seria do unitarismo e não do federalismo. A

Tambem nos Estados unitarios, o governo não póde intervir nos negocios provinciaes ou communaes, salvo se sáem dos limites da competencia. As espheras de competencia do Estado federal e das collectividades componentes são susceptiveis de augmento e de diminuição: a linha divisoria poderá ir para um lado ou para o outro. Imaginemos que só o povo, sem consideração das collectividades-membros, possa decidir, por assembléa constituinte. Onde a não-deliberação exclusiva do Estado central? Imaginemos que só os membros possam proceder á revisão e decidam por maioria,

---

desapriorização foi no sentido de marcha do unitarismo para o federalismo, adoptando a forma ambigua, que é a sua e que não é a forma pura deste, nem a daquelle. No fundo, a Austria manteve elementos unitarios reminiscentes. Entende o autor que se passou do terreno *politico* para o terreno *juridico*. Foi o contrario o que se deu. O direito, a theoria juridica, foi que soffreu o influxo do processo adaptativo mais instavel, mais plastico. No direito, os typos assentes eram os classicos, os typos abstractos, rigidos, da theoria juridica do Estado. Maior agudeza politica, mais fino objectivismo dos elaboradores das constituições alemã, austriaca e soviética mostraram que não se devia perseverar em planos traçados *more geometrico;* procurou-se a solução pratica, adequada ao tempo e ao lugar: solução contraria ao racionalismo juridico, e tendente a recompôr a theoria juridica sob a pressão dos novos methodos politicos. O que caracteriza as tendencias do direito constitucional contemporaneo é exactamente ser mais *politico* e quebrar os quadros da theoria juridica. Certamente, outra surgiu; mas isto é a consequencia, e não a *tendencia*. O unico ponto em que se poderia ver maior juridicidade seria o da constitucionalidade das leis; porém isto de modo nenhum caracteriza os novos tempos: secular conquista americana, doutrina amplamente construida e praticada. Por outro lado, exemplo frisante de solução de technica politica que, no seu tempo, apesar de judicializar as questões constitucionaes, constituiu innovação suscitadora de recomposição da theoria juridica.

— ainda foi o povo, e não os membros do Estado federal, que decidiu. Imaginemos, finalmente, que só possam reformar a Constituição por unanimidade, mais forte ainda o *poder central*, mais respeitavel a estructura vigente, global: só a unanimidade dos Estados, *portanto o povo todo*, póde deliberar como constituinte. Por onde se vê que a participação directa das collectividades-membros não caracteriza o Estado federal. Ha um circulo vicioso: quanto mais se dá valor á opinião da unidade federada (maioria, dois terços, tres quartos, unanimidade), mais se fortalece o *laço geral*. A unanimidade terá de ser a unanimidade dos *representantes;* portanto, da maioria nacional, que é o todo.

A existencia daquillo a que chamamos federalismo é dependente da *intuição* que nos dá a "somma" dos poderes *deixados* aos membros do Estado, quer deixados por se terem enumerado os *geraes*, quer por se terem enumerado os que se lhes deixam. Se a somma é sufficientemente energica, a intuição surge. Ora, tal intuição depende de se sentir até que ponto é interesse *geral* effectivo a propria divisão. Por isto, a Austria se crê federativa, a Alemanha de 1919 se diz tal, e a União soviética como tal se proclama. Para o austriaco, que vinha de systema unitario, a Constituição nova é federalismo; isto é, movimento para a extrema descentralização. A estructura russa mostra que, para o ambiente russo, o unitarismo *potencial* não desfaz a concepção federativa: trata-se de federalismo com *espada de Damocles*. Com que criterio fixo poderemos dizer, alto e bom som, que não é federalismo?

A descentralização puramente administrativa evidenciaria tratar-se de Estado unitario, mas ha Estados unitarios em que a descentralização não é só administrativa. Por outro lado, os Estados federativos apresentam dualidade legislativa (em certas materias) e ha Es-

tados unitarios com tal discriminação de fócos legiferantes. Nos Estados federaes, a regra é a eleição dos orgãos locaes pelo eleitorado regional, inclusive do corpo legislativo; nos Estados unitarios, não é absurda a eleição de todos os orgãos. Tanto no Estado federal quanto no unitario, ha duas (ou mais) ordens de governantes, que coexistem.

3. *Pontos technicos e criterios distinctivos*

Na discussão da estructura interior de um Estado, que vinha da federação, ou que a ella tende, cinco pontos são capitaes para se saber até onde se foi no sentido da unificação, que é, sociologicamente, a méta das organizações politicas — evolução compativel com toda uma série de typos de Estado, crescente ou decrescentemente descentralizados:

1. Qual o poder que decide da integridade territorial de cada um dos componentes, e quaes as formalidades de que depende, em relação ao poder central, a resolução de cada um delles, quando sómente delles partir; inversamente, as formalidades, relativas a cada um, quando a iniciativa ou a decisão tenha de partir do poder central? Este elemento já nos dá uma das coordenadas, com as quaes poderemos situar o typo adoptado na serie intercalar, que vae do puro unitarismo ao federalismo puro.

2. Qual o poder, de cada componente, para adoptar constituição interna, quaes os limites e principios a que tém de obedecer, e ha necessidade, ou não, de aprovação pelo poder central?

3. Qual o poder legislativo, que *fica* aos Estados, depois daquillo com que elles concorreram para o poder

central, ou que *se dá* aos Estados, depois de se dizerem quaes as materias da competencia legislativa do centro?

4. Como se originam os poderes dos componentes e qual a linha de separação (aberta, nitidamente fechada, ou eventualmente aberta) entre a administração local e a geral?

5. Como cada componente, no caracter de unidade, participa na formação da vontade geral, e dos poderes centraes?

Pontos technicos, porém não criterios distinctivos.

Porfanto, continúa de pé a questão.

Qual o momento em que um Estado passa do unitarismo ao federalismo ou vice-versa? E' possivel linha divisoria? BOREL entende que a participação dos componentes na formação da vontade federal constitúe o traço caracteristico do Estado federativo[1]. Assim, se o Estado federativo a tirasse a um dos seus membros, o acto não constituiria simples injustiça material e sim passo para o outro lado da linha. Opinão, como se nota ao primeiro exame, arbitraria e erronea: primeiro, porque a participação de todos os componentes não é provadamente *sufficiente* para tornar federativo o Estado; segundo, porque nada obsta á existencia de territorios e de districtos federaes sujeitos a organização especial (Imperio alemão e a Alsacia-Lorena, antes da guerra; E. U. da America do Norte, Districto federal e territorios; Brasil, Districto federal e territorio do Acre). O Estado que se compusesse de dois membros typicamente federados e de tres ou mais territorios não perderia o caracter federativo. Onde quer que haja sufficiente descentralização, *ainda* que as unidades descentralizadas sejam duas, ai

1 V. BOREL, *Étude sur la souveraineté et l'Etat fédéral*, Zurich, 1886, p. 189.

temos o Estado federativo. A mesma competencia é necessaria entre os componentes, porém só entre os componentes. Outra opinião é a dos que exigem dois requisitos: autonomia constitucional dos Estados membros e participação á criação da vontade federal. Admittido tal criterio, a Austria e a Alemanha de 1919 não seriam federativas: ha a autonomia, porém não ha a participação. Nem no seriam a Prussia e a União soviética (S. S. S. R).

A opinião vulgar põe na autonomia constitucional o esteio do elemento federativo. E' um dos criterios possiveis. Porém vae mais longe: não reconhece garantia de descentralização onde não ha autonomia constitucional. Aqui o erro. Garantia de descentralização e autonomia constitucional não são a mesma coisa.

Sómente no modo de se constituirem o Poder executivo e o legislativo e de funccionarem livremente é que póde repousar qualquer garantia mais resistente: autonomia constitucional ou garantia daquelle modo de constituição, que "resguarda" o poder local, pódem valer o mesmo. A pratica tém mostrado que a revisão das constituições locaes e a possibilidade de serem differentes pouco importam ás collectividades federadas. Desde que não se possa, com facilidade, retirar a descentralização obtida, o resultado é o mesmo. Dir-se-á que a autonomia constitucional obriga o Estado federativo a respeitar as mudanças operadas e constitúe barreira á intromissão do poder central. Mas é esquecer-se da possibilidade de revisão constitucional do Estado no ponto da propria autonomia constitucional ou no sentido da nomeação do chefe do Poder executivo local, ou da participação do centro na legislação local. Uma collectividade que tém a chamada autonomia constitucional, dentro de preceitos geraes formulados na Constituição nacional, e sujeita a intervenções federaes faceis, adoptados pela

Assembléa Nacional, é menos autonoma do que outra, cuja organização esteja na Constituição nacional e seja mais protegida contra as maiorias politicas da Assembléa nacional. O que retira qualquer possibilidade de vida propria é a nomeação do chefe do executivo local, desde que este não seja automatico executor das deliberações das assembléas locaes. Ainda recentemente, no Brasil, sob o regime unitario da ditatura, as unicas reclamações dos Estados eram no sentido de se lhes sondar a opinião quanto aos dirigentes: a formula geral, "civil e nascido no Estado", traduzia mal o sentimento das massas, que era o de participação na escolha. Como se estava sob a ditadura e não era possivel exigir a eleição, procurava-se, por varias formulas, o reconhecimento do direito de governar-se.

Por onde se vê que é posssvel unitarismo mais garantidor das collectividades locaes do que algumas formas federativas. Muitas vezes, as vantagens da federação são illusorias, sem falar na de coarctar a natural expansão de populações mais aptas e mais audazes.

Na Russia, emquanto os professores PLETNEF e TIMASCHEV vêem na R. S. F. S. R. Estado unitario, MAGEROVSKI e DURDENEVSKI sustentam que se trata de Estado federal. Em verdade, a despeito do nome de Republicas, os componentes da Russia soviética nada mais são que Provincias autonomas, inclusive a propria R. S. F. S. R.: o Estado, *quasi unitario*, é um só, a S. S. S. R. (Soiuz sovĕtskich socialisticeskich Respublik). A Russia deu-nos exemplo do Estado que aggrega collectividades e grupos de collectividades. Compõem-na Republicas autonomas e Federações (grupos), mas o federalismo russo, é, nos pontos essenciaes, o mais diluido possivel. O seu ideal seria a precipitação da Republica mundial, e é isto que pretende a estructura do direito publico soviético.

Quanto á Alemanha e á Austria, uns as dizem Estados unitarios, e outros, federativos. Quanto MIRKINE-GUETZÉVITCH fala de federalismo racionalizado[1], o seu engano de terminologia é evidente. Fruto do racionalismo, as formas puras de governo, — presidencialismo, parlamentarismo, unitarismo, federalismo, — precisavam ser adaptadas á vida, corrigidas segundo criterios experimentaes e inductivos. O que se operou foi exactamente o contrario: a desracionalização, a desapriorização da theoria classica do federalismo. Dois factos, cremos nós, levaram o nosso sabio collega da *Académie* á adopção do termo "racionalização": o estudo do nosso illustre collaborador prof. F. SCHLEGELBERGER sobre a "racionalização do direito" e o titulo de tantos livros e artigos[2] sobre a moderna racionalização da vida, do trabalho e das industrias. Quanto a estes ultimos, a analogia é nenhuma: havia a organização empirica da vida e do trabalho, a industria empirica, e o que se fazia mistér era, precisamente, a passagem á segunda phase, — a da racionalização, a da entrada dos elementos intellectuaes, dos dados scientificos, na economia da producção e da distribuição, principalmente no que decorre das ultimas

1. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, 2ª Ed., Paris, 1930, p. 24.

2. F. SCHLEGELBERGER, *Zur Rationalisierung der Gesetzgebung*, Berlin, 1928, p. 1 s. O sentido é outro, — o das industrias, das profissões, etc. Tal sentido é o exacto. Racionalizar, para se apanhar o material enorme, assoberbante, das leis feitas e dos elementos para fazer as leis. Sobre *Rationalisierung*, o ministro SCHIFFER, *Aus der Werkstaat der Gesetzgebung*, em *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1928, vol. 33, columna 473; — *Werdendes Recht*, 1929, vol. 34, columna 1640; Dr. WEBER, *Rationalisierung*, columna 1534. No fim de 1928, MIRKINE-GUETZÉVITCH publicou a 1ª ed. de *Les Constitutions de l'Europe Nouvelle*, provavelmente sob a impressão do titulo de SCHLEGELBERGER.

conquistas da psychologia applicada. Situação assaz differente da que occorre quanto ao federalismo classico: este já esgrimia os seus principios, já erguia o seu edificio de abstracções e de linhas rigidas, o geometrismo das suas proposições fundamentaes e dos seus collorarios. Reclamava-se exactamente a correcção a tal intemperança racionalista, incommensuravel com os factos e as necessidades dos povos, principalmente contra a lei de crescente integração dos corpos sociaes. Não era *mais raciocinio* que se queria; exigia-se mais positividade, menos amor a córtes rectilineos, menos apêgo, a este arcabouço de direito publico *more geometrico* demonstrado. A impropriedade e, mais, o erro de terminologia resaltam á critica philosophica e sociologica[1]. Não traduziu os phenomenos das reconstrucções dos Estados federativos e, o que é pior, traduziu-os por palavra que, além de ambigua, não está no devido sentido e serviria á tendencia opposta, se tal tendencia opposta fosse compativel com a evolução social.

Ao longo da escala muitos elementos desapparecem, e outros apparecem: de modo que ha tantos criterios possiveis quanto os gráus. Os mais positivos juristas sentem-se obrigados a falar de zonas neutras, de Estados federativos sem fundamento federal e de outras entidades intermediarias. Cada povo, cada criterio. A Russia crê-se federação e alguns dos seus maiores juristas lho negam. Crê-se Estado federativo a Alemanha e a opi-

1. Alguns annos antes de MIRKINE-GUETZÉVITCH, escreviamos *(A' margem da Historia da Republica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 196): «As formas puras *presidencialismo* e *parlamentarismo*, *federalismo* e *unitarismo* são signaes de apriorismo politico, que tentou enquadrar a realidade, que é heterogenea, em *fórmas* abstractas. São abstracções, como o ponto, a linha recta absoluta, o gás puro, o acórde perfeito».

não está dividida: de um lado, affirmativamente, STIER-SOMLO, W. JELLINEK, ARNDT; do outro, GIESE, POETSCH, JACOBI, WENZEL. CARL SCHMITT põe a Alemanha e os proprios Estados Unidos da America do Norte na classe intercalar dos Estados federaes sem fundamento federal: já não são federaes. ANSCHÜTZ, deante do art. 18 da Constituição alemã, não encontra base para resposta[1]. A divisão do *Reich* em paises, diz o art. 18, tomando em consideração, quanto possa, a vontade das populações interessadas, deve favorecer, o maximo possivel, o desenvolvimento economico e cultural do povo. As modificações do territorio dos paises e a formação de novos, dentro do *Reich*, operam-se em virtude de lei do *Reich*, revendo a Constituição. Se consentem os povos interessados, basta lei ordinaria. Até aqui tudo se enquadra perfeitamente no conceito vulgar do federalismo. Mas a alinea 3 prevê a sufficiencia de lei ordinaria quando um dos paises não consente, se a modificação territorial ou a formação nova corresponde á vontade da população e se o *Reich* tém interesse decisivo. A população manifesta-se plebiscitariamente. E' o poder do povo que se revela: de qualquer modo, houve o consentimento. Não nos parece que tal alinea 3 do art. 18 seja inconciliavel com o federalismo.

Os actos das collectividades componentes contrarios á Constituição do Estado federal são nullos, quer se trate de contractos com particulares ou com outros Estados, quer de tratados. Exemplo typico são as "concessões", as isenções de impostos, que juridicamente não podiam ser feitas, ou foram feitas illegalmente, ou de tal maneira que comprometam interesses da collectividade

1. G. ANSCHÜTZ, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1925, vol. I, p. 19.

maior, a segurança nacional e a independencia do Estado. No caso dos tratados nullos, disse, com razão, LE FUR: "non seulement l'Etat étranger ne serait pas fondé à demander réparation à l'Etat fédéral, mais le plus souvent c'est ce dernier qui serait en droit d'en exiger une de sa part, à raison de l'acte dont il s'est rendu coupable en traitant directement avec une collectivité non-souveraine qu'il savait ne pas posséder la compétence suffisante pour conclure un traité de ce genre". Quando a reparação é devida por facto illicito do componente, ao Estado federal é que póde ser reclamada pelo Estado estrangeiro e não ao componente, porque este é parte do todo, da unidade de direito internacional. Se esta invoca a propria Constituição, o Estado estrangeiro tém o direito de acção directa.

Separar o Estado (federal) e a Constituição, como se existissem duas entidades, o Estado federal e o "constituinte", mostra que a escola austriaca recebeu, já feita, a *theoria da constitucionalidade das leis* e, em vez de lhe perscrutar as fontes historico-sociaes, armou explicação abstracta. A communidade nacional, geral, a que se chama, vulgarmente, federal, é a unica que existe: portanto, sómente ella é, *necessaria* e *sufficientemente*, Estado. As collectividades parciaes não no são. No direito internacional, que é o unico que póde dar o conceito de Estado, Estado (federal) e poder constituinte se identificam. A Constituição é da nação, do Estado; e Estado é conceito de direito internacional, e não de direito interno.

Na Confederação, podemos conceber duas ordens de Estados, aliás sem que a Confederação deixe de ser algo de essencialmente existente nos Estados componentes. No Estado federal, só elle é Estado, a Constituição é do Estado e fá-lo, *internamente*, federal ou unitario: não ha Estado federal, rigorosamente; porque Es-

tado é conceito de direito internacional, e *federal* conceito de direito interno. Estado federal, ou significa Estado que, por *sua* Constituição, se fez *federativo*, em vez de *unitario*, que adoptou gráu elevado de descentralização; ou exprime juncção arbitraria de conceitos. Para o direito internacional, só ha Estado; federal é adjectivo que só teria sentido, no plano internacional, se applicado a grupo personalizado, *Estado*, cujos componentes tambem fossem *Estados*.

A organização federal e as locaes são *partes*, porém o Estado não se parte em federal e não-federal, como o Estado unitario não se divide em ordens juridicas parciaes pelo facto de se admittirem assembléas provinciaes. Dizer, por exemplo, como KELSEN, que a Côrte Suprema não é orgão do Estado central, nem dos Estados particulares, mas da Constituição, da communidade total, é querer scindir o inscindivel, o interesse *nacional*, deixado ao Estado central, que é o unico Estado, em direito internacional, á nação, conceito sociologico-constitucional em interesse *nacional* da nação e interesse *nacional* dos poderes federaes. O governo central é immanente á nação; é a nação. A Constituição é da nação e por isto federal; não, pois, transcendente. O que faz o Estado ser federativo não é a existencia do governo *federal*, mas a dos governos *locaes*. Estado unitario é aquelle em que os interesses que se reservariam ao governo *federal*, se federativo fosse, são em tal extensão, que os interesses deixado ás regiões não justificariam o nome de federação. A' medida que se augmentam os poderes chamados federaes, decresce a significação do elemento federativo: a força e a caracteristica federativas são na razão inversa dos poderes do governo central, chamado *federal;* onde ha maior competencia federal, menos federação existe; onde é maior a competencia reconhecida aos governos locaes, mais accentuada a federação. Para matar a es-

tructura federativa, devem ser augmentados os poderes federaes (centraes); para fortalecer a federação, enfraqueça-se o governo federal (central). Porque? Porque, em vez de chamarmos Estados *federaes* aos Estados componentes, chamamos federal ao Estado central, ao Estado *nacional*, auto-organizavel, e unico que existe perante o direito internacional. Daí a confusão. Estado *nacional* diria melhor. A Côrte Suprema é a voz da Constituição, porque é a voz da nação, do Estado nacional. Por isto mesmo, não poderia ser parte da organização dos circulos menores. Têm de ser parte da organização global, que é a nacional, a que se deu o nome de federal. A scisão "nação, federação, paises", a scindencia das tres ordens juridicas, não existe. KELSEN viu a sua propria construcção; não viu a historia, a realidade historica, a verdade sociologica. Communidade total só existe uma, que é a da nação. Esta se organiza descentralizadamente — *federativamente*, vale dizer — no *interesse proprio*, indentificado, necessariamente, com as circumstancias ethnicas, historicas, politicas, moraes, ou quaesquer outras, e exactamente aquillo que lhe parece essencialmente geral, indescentralizavel, *nacional*, ella retém, accentúa, assegurado contra qualquer tendencia ou movimento descentralizador. Chama-se a este cerne, a este reducto, a este feixe de interesses magnos, *federaes* (centraes). E' um nome, que se lhe dá, e o nome não muda a natureza das coisas. Aquillo que se resguardou, que se segurou, é o que, *politicamente*, mais importa, o campo em que se exerce, mais efficazmente, a funcção integrativa do Estado. A hierarchia entre os interesses *nacionaes* e os *locaes* necessariamente se estabelece; e, se occorre que se submettem á Constituição, á unificação da constitucionalidade, assim as leis e actos *nacionaes* ou como os *locaes*, é que *tambem* constitúe interesse nacional o rythmo, a observancia das estructuras, a ordem,

a solução de conflictos. A propria regra, que no lugar devido censuraremos, de se reputarem locaes os poderes não consignados, traduz interesse nacional que deste modo se presuma. Nacional e federal, no sentido que se dá a este adjectivo, são o mesmo. Considerado em si, o Estado não é unitario nem federal: o Estado é uno, só, inscindivel, O que é federal ou unitario é o systema de repartição territorial, — um plano, *nacional*, indiviso, e outro *nacional*, mas *dividido*. Estado federal é, no direito, hybridismo; Estado é conceito de direito das gentes; federal, de direito interno. Applicado ás collectividades componentes não é usado, mas seria menos desacertado; ainda assim, continuaria a heterogeneidade: *Estado*, conceito de direito das gentes, a denominar collectividade que não é Estado; *federal*, conceito — no caso, certo — de direito interno.

O systema de descentralização póde desapparecer, que justificava a denominação de federativo. O Estado continúa. Nenhum indice exterior, no direito internacional, da mudança. O Estado desapparece nos casos previstos por aquelle direito, — todos ligados ao desapparecimento do poder estatal.

Por outro lado, o Estado póde desapparecer sem que cesse a federação. Para que tal se dê, basta que se ligue a outro, conservando a estructura interna.

O total desmembramento faria coincidirem a desapparição do Estado e a da federação, mas seria o caso unico, accidental.

O Estado, a que se chama federal, é, por dentro, *união;* por fóra, *unidade*, como todos os outros.

Tém-se dito que a existencia de duas Camaras é essencial á estructura do Estado federal. Não é *sufficiente* para caracterizá-lo: os Estados unitarios pódem adoptar o systema bicameral; mas é *necessario*, para que se considere o povo em massa e por unidades com-

ponentes da federação. Complexo de *unidade* e de *separação* (*união* significa as duas coisas), poderá convocar todo o povo (elemento unitario) e as entidades componentes (elemento federativo).

A regra é virem os representantes das collectividades interiores eleitos directamente por ellas (E. U. da America do Norte, Amendment XVII, Mexico, art. 58A, Brasil em 1891, art. 30, Australia, art. 7), ou pelas Assembléas das collectividades representadas (Venezuela, art. 60). No Canadá, é o governador geral, em nome do "Rei" (art. 24), que os nomeia.

Resta saber se é verdadeira a proposição: a existencia de duas Camaras, uma das quaes represente as collectividades componentes da federal, constitúe elemento *necessario* ao conceito de Estado federativo. E' a questão da imprescindibilidade, ou não, do Senado, do *Bundesrat*, do Conselho dos Estados, cujos votos pésam como correspondentes a Estados, e não a quantidades de eleitores.

Primeiro, aos factos. Nos E. U. da America do Norte (art. I, secção 3, cap. I), no Mexico (art. 58A), na Argentina (art. 46), no Brasil (1891, art. 30), na Africa do Sul (art. 24, 1), na Australia (art. 7), e na Suiça (art. 80, 2), o numero de representantes é o *mesmo*. Na Alemanha de 1871, attendeu-se a considerações de ordem historico-politica, já consignadas na Confederação germanica de 1815, dando-se 6 em vez de 4 votos á Baviera e 17 á Prussia, devido aos Estados annexados. No Canadá (1915, art. 22), Ontario e Quebec, 24, Nova Scottia, New-Brunswick, 10, Manitoba, British Columbia, Alberta, Saskatschevan, 6, Ilha do Principe Eduardo, 4.

Depois da guerra, o criterio da proporcionalidade á população começou a intervir: Alemanha, art. 61 (minimo e maximo de representantes); Austria de 1920, art. 34 (minimo de 3 e maximo 12 á provincia mais popu-

losa, os intercalares em proporção). A Segunda Novella constitucional de 7 de dezembro de 1929 modificou os arts. 24 e seguintes: o Conselho federal austriaco transformou-se em Conselho das provincias e das profissões, dividido em dois.

A existencia da Camara dos Estados não bastaria para caracterizar o Estado federal, — é possivel imaginar Estado assaz descentralizado, com volume enorme de competencia locaes, sem a Camara dos Estados.

CAPITULO III

AS ORGANIZAÇÕES COMMUNAES

Dos Municipios romanos, das communas medievaes, — que é que nos resta hoje? A propria ligação da communa moderna ao municipio da época romana é só historica. O historiador passa o fio do reciocinio sobre realidades que se não fundem. As estructuras juridicas differem profundamente. Coisas heterogeneas, lado a lado, o elemento romano e o germanico, elles e a realidade de hoje. Demais, que póde significar a unidade viva, palpitante, da Communa anterior ao Estado moderno, junto á "porção de espaço", talvez sem qualquer unidade real, nem mesmo a geographica, em que se divide, para commodidade administrativa e, não raro, arbitrariamente, o territorio dos Estados do Seculo XX? O Municipio de hoje existe porque a *lei* quer. Só a rhetorica dos juristas repetidores de velhos commentadores anglo-saxões póde pretender que o municipio seja realidade viva. Os E. U. da America do Norte e a Republica Argentina adoptavam, nas suas constituições, attitudes prudentes. O Brasil de 1891, na sua impetuosa idealidade desgarrada dos factos, quis, de um jacto, criar a "unidade politica" que "socialmente" não existia. Por isso, é de particular interesse verificar como procederam, a partir de vinte oito annos depois, os Estados europêus em que haveria razão

para as autonomias municipaes de velho estylo, — reminiscencias das cidades-Estados, restolhos de tempo que se foi.

1. *As communas nas constituições recentes*

Na Alemanha, os preceitos fundamentaes do direito eleitoral dos paises applicam-se ás eleições communaes. Comtudo pódem as leis delles subordinar o eleitorado á exigencia de residir um anno, ou menos, na communa (art. 17). O typo eleitoral é o suffragio universal, igual, directo e secreto para todos os alemães, homens e mulheres, segundo os principios da representação proporcional. No art. 127, diz-se que as communas e as uniões de communas têm o direito de autonomia administrativa nos limites da lei. No art. 157, que trata da socialização, permitte-se ao Estado adoptar a participação das communas nas empresas socializadas. O ponto que nos interessa está no art. 127.

A Constituição da Alemanha, que tivera o seu municipalismo extremo, deixou ás provincias a fixação *formal* da autonomia municipal. São a lei, o decreto-lei e o regulamento necessario[1] (*Notverordnungen*) que fixam. Não se trata de autonomia absoluta, mas de autonomia controlada. Quer dizer que o art. 127 seja "saco aberto", um méro ornato rhetorico, um "artigo de direito fundamental", que "anda no vacuo", um *leerlaufender Grundrechtsartikel?* Ou elle se dirige aos legislado-

1. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 13.Aufl., Berlin, 1930, p. 510; contra o determinado pelo regulamento necessario, TATARIN-TARNHEYDEN, em *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 17, ps. 326 s., 329 s.

res, impondo-lhes alguma coisa? A ultima opinião é a exacta. O legislador deve deixar resalvada a administração autonoma sob pena de tornar sem objecto o art. 127; nem se comprehenderia que um legislador alemão cortasse a autonomia administrativa das communas[1]. De qualquer modo, qual será o *minimum* que se exige para se entender que ha autonomia? Volta-se á questão do conceito *material*, — não de autonomia politico-administrativa, como no Brasil após a Constituição de 1891, porém de *autonomia administrativa*. O art. 127 não dá regra de direito material sobre este minimo; mas, alludindo á autonomia administrativa, suppõe dado *material*, que seja esta autonomia. A lei a que se refere o art. 127 póde ser do *Reich* como do país; não porém, o simples acto da autoridade do Estado. Contra o progressivo recalcamento da autonomia administrativa das communas pronunciou-se o 6º Congresso alemão das Cidades (Hannover), a 6 de outubro de 1924.

O art. 127 constituiu garantia institucional da communa no sentido juridico e corporativo, e não politico[2]. Não ha, pois, descentralização politica, — "*Reich*, paises, communas"; só a de "*Reich*, paises". A autonomia administrativa da communa existe, como existem as outras autonomias administrativas. E' o Estado que a fixa.

Na Estonia, o governo assegura a administração local por intermedio das autoridades autonomas, onde não forem criadas as autoridades especiaes do poder central (§ 57). As assembléas representativas das instituições de governo autonomo são eleitas com fundamen-

1. Carl Schmitt, *Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, p. 171.

2. Friedrich Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Berlin, 1931, p. 271.

to na representação proporcional, por suffragio universal, igual, directo e secreto (§ 76).

Na Finlandia (§ 51, 2ª alinea), a administração das communas é fundada no principio da autonomia, segundo as disposições de leis especiaes. Estas decidem como se realizará e em que proporções se estabelecerá a autonomia de circumscripções mais vastas que as communas. Na delimitação, attender-se-á á unidade ou grande preponderancia da lingua (§§ 51, 50, 3ª alinea).

Na Grecia, o Estado é dividido em circumscripções, nas quaes os cidadãos administram directamente os negocios locaes *pelo modo determinado em lei.* A communidade constitúe, *indispensavelmente,* o primeiro degráu inferior dos organismos de autonomia administrativa local, que devem ser dois, pelo menos, independentemente dos demos (communas) e dos grupos de communidades. Nos ditos organismos o direito de estatuir sobre questões que interessam a esphera da autonomia administrativa local pertence, *indispensavelmente,* a orgãos eleitos por suffragio universal e directamente pelo conjunto dos cidadãos pertencentes a cada um delles. O Estado sómente exerce, *dentro das formas determinadas pela lei,* sobre os organismos de autonomia administrativa regional, a vigilancia suprema, que não deve entravar a iniciativa delles, nem a sua liberdade de acção. Póde elle prestar concurso financeiro aos organismos de autonomia administrativa local (art. 107).

Na Lituania, certas regiões pódem, *por lei especial,* obter o direito de administração autonoma. Os direitos autonomos de taes regiões são fixados no estatuto que lhes dá a lei especial. As dietinas das regiões autonomas não pódem legislar (!) sobre interesses de toda a Lituania ou das outras regiões, nem edictar leis contrarias á legislação lituana (art. 6). As communas ruraes e as cidades gozam do direito de autonomia, *nas limites fixa-*

dos pelas leis. O modo e processo electivos são marcados pela lei (art. 71). Os orgãos da autonomia local encarregam-se dos interesses economicos e culturaes, seguindo as prescripções da lei, e têm os deveres administrativos que as leis lhes commeterem (art. 72). O governo zéla pela execução das funcções pelos orgãos de autonomia local e para que os actos não sejam contrarios ás leis do Estado (art. 73).

Na Polonia, o Estado, por via legislativa, divide-se em *voievodias*, districtos e communas urbanas e ruraes, com autonomia administrativa. Pódem, entre si, associar-se; mas as associações só se revestem do caracter de direito publico, em virtude de lei especial (art. 65, pr.). O Estado tém a vigilancia (art. 70).

Na Turquia, a reorganização e a competencia das collectividades autonomas serão regradas por lei.

Na Austria, as provincias dividem-se em circumscripções administrativas e collectividades descentralizadas (*Selbstverwaltungskörper*) de duas especies: as communas (*Ortsgemeinde*) e os districtos autonomos (*Gebietsgemeinde*). As communas são subordinadas aos districtos autonomos, estes ás provincias. As de mais de 20.000 habitantes devem ser, a seu pedido, declarados districtos autonomos (arts. 116, 117). As communas e districtos autonomos são igualmente unidades economicas independentes; têm o direito de possuir e de adquirir bens de toda a natureza e de dispôr delles nos limites fixados pelas leis federaes e provinciaes, de gerir empresas economicas, de estabelecer o proprio orçamento e de lançar impostos (art. 118). Os orgãos da communa são o Conselho communal (*Ortsgemeindevertretung*), o funccionarismo communal (*Ortsgemeindeamt*); os do districto autonomo, o Conselho de districto e o funccionarismo de districto. Os Conselhos são eleitos por escrutinio proporcional e suffragio igual, directo, secreto

e pessoal, de todos os cidadãos austriacos que sejam domiciliados na circumscripção que representam. Os regulamentos eleitoraes são feitos por lei provincial; o eleitorado e a elegibilidade não pódem ser subordinados a exigencias mais rigorosas que as feitas para as eleições á Diéta (art. 119, 1ª e 2ª alineas). Garantem-se ás communas, como competencia de *primeira instancia:* 1º cuidado da segurança das pessôas e da propriedade (policia local da segurança); 2º questões de soccorros e salvamento; 3º cuidado do trato das ruas, dos caminhos, das praças, e das pontes da communa; 4º policia local da via publica; 5º protecção e policia dos campos; 6º policia dos mercados e dos generos alimenticios; 7º policia sanitaria; 8º policia das construcções e do incendio (art. 20, alinea 3).

Em Espanha, o Estado espanhol está integrado "por Municipios mancommunados em provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía" (art. 8). Todos os Municipios da Republica são autonomos nas materias de sua competencia e elegem "sus Ayuntamientos" por suffragio universal, igual, directo e secreto, "salvo cuando funcionen em régimen de Concejo abierto". Os alcaides são designados *sempre* por eleição directa do povo ou pelo "Ayuntamiento". A cellula vital, em tal systema, é o Municipio. A estructura social da Espanha ainda se presta, ao que se nos diz, a tal solução.

A Constituição do Brasil (1891), art. 68, estatuia: "Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municipios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse". Suppunha-se distribuição *material* dos interesses em federaes e dos Estados-componentes, de um lado, e *municipaes*, do outro. Tinha-se, portanto, de definir, com os recursos historicos e doutrinarios, o que fosse interesse municipal.

No fundo, arremêdo anglo-saxão. Daí invocarem-se tiradas demoliberalistas das decisões e dos politicos inglêses e norte-americanos, e falazes esperanças de democracia, fundadas na organização municipal (como se copiar formas importasse em copiar habitos). Ora, no Brasil, o municipio nunca foi a escola pratica da liberdade. Certo, a liberdade e a democracia têm de começar dos menores circulos sociaes, mas isto não quer dizer que a autonomia municipal faça a liberdade. A liberdade fez a autonomia municipal democratica. Se esta liberdade não existe, a autonomia organiza a não-liberdade. O regime, que serve aos Estados onde não ha liberdade effectiva nos pequenos circulos, não é o da autonomia municipal, mas o da garantia da liberdade, com a possibilidade da autonomia. Inverter, *no tempo*, a successão dos factos traz como consequencia difficultar o processo de causação. Dar a forma antes da substancia é permittir aos elementos contrarios á substancia utilizarem, para si e contra a substancia, a forma.

A communa, independente do Estado, com direitos materiaes em frente ao Estado, é de uma reaccionariedade lamentavel. Reaccionariedade de estructura e de fundamentos politico-juridicos. Tal como apparece na Constituição do Brasil de 1891 constituiu um *erro duplo*, que se não poderia escusar por ser tradicional, pois, ao contrario dos Estados europêus, não tinhamos a tradição. Desses foi dito que commettiam "erro tradicional" de theoria juridica do Estado e da Administração[1]. Espanha não commete o *erro duplo*, porque Espanha mantém algo do caracter romano dos seus concelhos, ao passo que o Brasil, pelos máus commen-

1. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin. 1925, p. 365.

tadores da Constituição de 1891, foi buscar aos anglo-saxões a concepção do *self government*. A Consituição espanhola, não querendo adoptar o federalismo, teve de firmar-se no municipio que a Lei de 2 de outubro de 1877 tratara como algo que existisse porque á lei queria, attitude contra a qual se insurgiam juristas espanhóes. (Que tenham não menos de 2.000 habitantes, dizia a lei, em vez de contentar-se com o art. 2, n. 3: "que puedan sufragar los gastos municipales obligatorios con los recursos que las leys autoricen".)

2. *O conceito de communas no Estado hodierno*

Criara-se a favor das communas, com elementos de raciocinios jusnaturalisticos, o direito á competencia minima. Na luta da democracia contra a autocracia, comprehende-se que se procurasse assegurar o minimo de competencia das communas. Apriorizou-se o poder municipal, a autonomia dos Municipios, tidos, então, como autonomos e especificos. Tudo se desenvolvia, juridicamente, como se desenvolviam as consequencias do direito de liberdade dos individuos. Ora, victoriosa a idéa democratica, não se justifica falar-se de direito (material) subjectivo das communas. Tal direito deve resultar de leis, que outras leis possam revogar. O povo de cada provincia e o povo de todo o Estado é que pódem julgar da opportunidade e da conveniencia de normas sobre as communas. O povo da provincia, porque conhece as circumstancias geographicas, economicas, politicas, do territorio provincial, e o povo do Estado, porque o conjunto das experiencias e convicções, quanto á vida nacional nas suas relações com os Municipios, lhe suggerirá o melhor modo de resolver o problema da descentralização. Por isto, não

se justifica, ainda em Espanha, que se veja, em lugar do "problema da descentralização", *problema do Estado*, o do "respeito á autonomia municipal", de fundo medievico e de direito material extensivo, *problema*, que seria, indiscutivelmente, *do Municipio*. A democracia, ao lutar, podia ter querido o direito de autogoverno local; vencedora, delle não precisa. Se adopta a autonomia administrativa das communas, fá-lo em virtude de principio, seu, de descentralização. Aliás, a autonomia tambem foi invocada pelos senhores locaes, condes, contra os senhores geraes, os reis. A autonomia municipal, o *self government*, constituiu espada esgrimida por mãos differentes: pelos autocratas, contra a autocracia maior; pelo povo, contra as autocracias menores. Dois impulsos substancialmente differentes: um, na superficie exterior da communa; outro, na superficie interior, e de reestructuração da propria communa. Os dois municipalismos, o inglês e o continental europêu, distinguem-se na dosagem. O do continente, de origem mais democratica.

Como quer que seja, o *estatuto autonomo* seria, hoje, absurdamente anachronico. O proprio systema brasileiro de 1891 e espanhol de 1931 esgarram do moderno pensamento constitucional. A autonomia administrativa das communas não passa, nos nossos dias, de *methodo*. Um povo póde ser democratico, caracteristicamente democratico, sem autonomia municipal, *ainda administrativa*, e autocratico, a despeito das garantias ao *self government* e, até, do estatuto autonomo.

O municipalismo não é essencial á democracia, nem ao regime de liberdade e de igualdade. Ao socialismo repugna. A reforma socialista fundada na communa autonoma cae no labyrinto medievalesco. Em época que precisa contar com o mundo, porque é ao mundo e não á communa vizinha que se vende, seria

solução anachronica. A' communa devem tocar serviços locaes, sob a vigilancia do Estado. A propria natureza de taes serviços aconselha a administração separada. Ai, o ponto da questão.

O que se deve evitar é o monopolio da administração publica por parte do governo central, ou dos governos centraes; por suggestão das proprias coisas administrativas e no interesse de applicação de certos impostos nos lugares em que foram percebidos, de certas verbas recebidas de pessôas de uma "porção espacial" a pessôas e interesses que são do mesmo circulo.

Os Estados de organização recente, excepto Espanha, comprehenderam o novo papel do municipalismo. Para se sentir quanto mudou o pensamento alemão do Estado e do Direito administrativo anteriores á Constituição de Weimar, basta seguir o raciocinio dos tratados de Theoria geral, inclusive o livre de JULIUS HATSCHEK sobre *Die Selbstverwaltung*, a 4ª edição (1919), do tratado classico de FRITZ FLEINER (*Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*), e os novos estudos sobre o art. 127. Nos nossos dias, autonomia municipal é, apenas, *caso particular de technica organizatoria do Estado*[1].

Os principios fundamentaes da communa italiana são os seguintes: classificação em categorias segundo numero dos habitantes, a fusão, quando alguma dellas não possa administrar-se autonomamente. A unidade do Estado inspira toda a nova organização italiana. Aliás, de acôrdo com o plano geral de estructuração fassista (poder regulamentar *legislativo* do governo, magis-

1. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 365: «... solche Selbstverwaltung... keinen Gegensatz zur Staatsverwaltung, sondern nur einen organisationstechnisch besonderen Fall der Staatsverwaltung bildet».

tratura do trabalho, organização da actividade communal). O *Podestà* não vém destruir a autonomia local, sustentou-se perante a Camara, mas restringi-la. Para o fascismo, a autonomia não consiste na electividade dos administradores. Daí a nova concepção que dá ao *Podestà* a responsabilidade administrativa da communa.

A Russia não nos póde servir para analyse. Escusado procurar-lhe quaesquer resquicios de concepção municipalista. O Soviet, ou Conselho, nada tém com os orgãos legislativos e executivos dos Concelhos. Nada ha entre o Soviet do tempo dos Czares e o Soviet *bolchevique*. Por outro lado, as discriminações de funcções não constituem sobrevivencias. A *communa* parisiense inspira a Lenine, desde a chegada. Elle o declara no mesmo dia em que proclama: "Todo o poder do Estado aos Soviets". O Soviet não é como o Municipio ou *unidade* representativa de interesses *restrictos, especificos;* é o *espedaçamento* do Estado, para reconstrucção ainda mais energica. Reunem-se, periodicamente, em *Volost*, até á cupola: congressos de districtos, congressos soviéticos de governo, congresso soviético da União. Ao unitarismo do Socialismo o Sovietismo oppõe o regime polycratico de conselhos, a que o "fim revolucionario", a força central, imprime o impulso unitarista.

3. *As organizações municipaes no Brasil*

No Imperio do Brasil, as Camaras Municipaes não eram agentes da administração geral ou provincial, por serem electivas e pelo caracter local das funcções (Constituição imperial, arts. 71, 167, 168, 169). Todavia cabia o recurso para os Presidentes de Provincias e para o Governo Imperial, quando a materia fosse méramen-

te economica e administrativa (Lei de 1 de outubro de 1828, art. 73). Demais, as Assembléas provinciaes podiam legislar sobre a policia, a fixação de despesas, a fiscalização do emprego das rendas, a supressão e criação de funcções remuneradas e de impostos municipaes (Acto Addicional, art. 10, §§ 3-7). Contra taes limitações insurgiu-se o regime republicano, descentralizador. No projecto enviado á Constituinte de 1891, pelo Governo provisorio, dizia-se: "Os Estados organizar-se-ão, por leis suas, sob o regime municipal, com estas bases: 1° Autonomia do municipio, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; 2° Electividade da administração local. Uma lei do Congresso organizará o Municipio do Districto Federal" (art. 67). "Nas eleições municipaes são eleitores e elegiveis os estrangeiros residentes, segundo as condições que as leis de cada Estado prescrevam" (art. 68). Algumas emendas tentaram a elegibilidade, activa e passiva, dos estrangeiros, sem o conseguir. Vingou, tão só, o que se lê no art. 68 da Constituição de 1891.

Toda a questão technica está em se saber se a nova Constituição deve admittir a distribuição *material*, ou se deve proceder, ella mesma, á distribuição *formal*, ou se deve deixá-la ás legislaturas dos paises ou provincias. O Brasil de 1891 adoptou a primeira solução e sem dizer de que autonomia se cogitava: se politico-administrativa ou se só administrativa. As consequencias foram diminutivas da intervenção dos poderes federaes e dos Estados-membros, mediante a acção constante da jurisprudencia controlativa da constitucionalidade das leis e demais actos daquelles poderes. Os governos regionaes de balde procuraram adoptar a doutrina argentina do caracter *administrativo*, e não *politico*, das eleições municipaes. Redarguiu-se-lhes que havia differença entre as constituições, brasileira e argentina:

esta, no art. 5, apenas mandara que as Provincias tivessem o seu regime municipal.

O exemplo norte-americano não era invocado, porque a Constituição norte-americana não cogitou da autonomia municipal, cabendo ás legislaturas dos Estados federados adoptar o systema que lhes aprouvesse. Sabiamente, não se quis a forma antes da substancia. Hoje, se ha vozes a favor do *home rule*, tambem as ha contrarias, por só se reconhecer ás administrações municipaes caracter technico de applicação local de verbas, devendo ser escolhidas a titulo de administração de interesses communs.

Os actuaes municipios brasileiros são demasiado grandes; abrangem cidade, villas, villarejos, povoados, fazendas. Todos concorrem, e a applicação dos dinheiros, tirante o que se paga aos funccionarios, se faz em pontos que não contribuem com a maioria e, ás vezes, sómente entraram com parcella infima. Devem ser pequenos, com possibilidade de *uniões*, pelo systema da divisão das verbas em interesses da *união communal* e interesses da *communa* ou *municipio*. Os proprios municipios, quando heterogeneos, devem repartir-se em secções, que retenham verbas para a applicação local e entreguem outras ao municipio ou communa.

Outra necessidade é a de separar a administração de certas cidades e a das zonas longinquas, nos actuaes municipios.

A vigilancia pela provincia e pelo Estado é *indispensavel*. As constituições recentes dão-nos a lição; e muito maior lição nos dá a dilapidação de dinheiros publicos municipaes, revelada pela revolução brasileira de 1930.

PARTE IV

O dualismo Sociedade-Estado e os fins do Estado

CAPITULO I

EVOLUÇÃO PARA O ESTADO INTEGRAL

Sociedade e governo, Sociedade e Estado foram, com pequenas excepções, entidades não-coexistensivas, dialogantes, não raro contradictorias. Juntos ás vezes, nas guerras; outras vezes, enliçados, como se fossem dois exercitos em luta. A perfeita integração "Estado-Sociedade" é o infinito de uma lei social. Para tal perfeição tendemos. Di-lo a Sciencia Politica, di-lo a Sociologia; di-lo, em coherencia com as leis universaes, a Physica social. A historia do Estado marca as differentes formas, imperfeitissimas, ás vezes teratologicas, por que passou e passa. Somos felizes de assistir, nos nossos dias—e sermos espectadores e instrumentos—de uma das mais graves transformações, para a qual nem todos os povos estão igualmente preparados, e muitos, por ella, decidirão dos seus destinos de povos livres e civilizados.

1. *O Estado mutilado*

O Estado absoluto *possuia* uma sociedade. A identificação entre elle e a Sociedade só significava ser *dono*, dispôr das forças sociaes. O dualismo existia, por-

que os factos o fizeram: os impostos, os tributos, bem descreviam o Estado dos Seculos XVII e XVIII. A scisão, que tantas vezes se tentou e tantas vezes se desfez, novamente se fizéra: Estado, senhor; sociedade, coisa.

Nas concepções do Seculo XIX, o Estado é construido como differenciado da Sociedade, não-coextensivo, *menor* que o conjunto dos processos sociaes de adaptação e integração social. Desinteressado, aqui, da Economia e organizado exactamente para garantir a liberdade economica (de producção e de consumo), se não suscitou, desenvolveu a economia apolitica, que era a negação mesma da integração economica e de *sentido*, no desenrolar dos factos sociaes: Estado de finanças *suas*, como qualquer individuo ou collectividade não-estatal. A tal mutilação deveu-se a insufficiencia do Estado para a solução dos problemas economicos e a confusão entre o problema economico e financeiro da nação, do mundo, e o problema financeiro dos thesouros dos Estados. Lá, o Estado areligioso, que assegurava a religião, ou as religiões, neutramente, e não media a gravidade do parallelismo entre os dois processos adaptativos, o politico e o religioso. Donde se tornar agnostico, anidealistico, pela carencia de criterio metaphysico, de *fim*: Estado de scepticos, de administradores mecanicos de rendas, de politicos do "arrecada" e "paga", somnambulicamente. Acolá, o Estado só economico, mas contradictorio: sustenta a liberdade economica, e intervém a pedido das correntes mais fortes; o Estado, puro executor *politico* de resoluções de maiorias (no sentido de pesos, e não de numeros), maiorias capitalistas instaveis e, muitas vezes, contrarias; Estado politico na intenção e, na realização, sem senso politico. Tém o fim dos ventos que sopram.

Tres povos sentiram a ruina a que levaria tal si-

tuação de coisas, e reagiram: a Russia, a Alemanha e a Italia. Soluções differentes, porém todas no sentido de eliminar a scisão artificial entre Estado e Sociedade: o Estado não é a sociedade, mas é a *realização de fins* da Sociedade. A politica juridica dos nossos dias tém de procurar reintegrar o Estado na missão global. Antes de expormos o problema geral e a sua solução, vejamos como o enfrentaram os tres povos europeus, que, por isto mesmo, são os tres maiores campos de experimentação do mundo contemporaneo.

Todos se afastam do Estado neutro, abstencionista, liberal, quanto aos processos de adaptação social, principalmente quanto á Economia, — Estado que se encontra em quasi todas as constituições do Seculo XIX, e que constituiu experiencia perigosissima. As consequencias do seu vicio originario, da sua estructura condemnavel, teriam sido tragicas, se a propria vida não houvesse reagido, se o tão censurado parlamentarismo não tivesse permittido a canalização de certas forças. Em 1924, dissemos, synthetizando as nossas idéas publicadas em 1922: "Na distribuição dos serviços devemos attender a indicações scientificas, aos oito principaes processos de adaptação (biologico, economico, gnoseologico, artistico, religioso ou metaphysico, juridico e politico)". Cinco annos depois CARL SCHMITT consigna o facto contemporaneo: "E' a Sociedade mesma que está a organizar-se em Estado: o Estado e a sociedade devem ser fundamentalmente identicos[1]; com isto, todos os problemas sociaes e economicos se

1. Nunca se viu, nem se teve noticia, escrevemos (*A' margem da Historia da Republica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 194) do Homem areligioso (ametaphysico), ou anesthetico, do Homem amoral, do Homem ajuridico, do Homem apolitico, como ninguem conhece o Homem abiologico.

convertem em problemas politicos e não cabe distinguir já entre zonas concretas politico-estataes e politico-sociaes".

A vida politica moderna, até hoje (escreviamos em 1922[1]), tém sido incoherente e de má fé: "regalismo na policia, na repressão do crime, em tudo mais, excepto — aqui falam o individualismo, o liberalismo, os principios *a priori* da economia — na *ordem economica.* Em tudo mais, o Estado deve ser poderoso; em tudo, as suas razões devem ser as melhores e tudo se lhe permitte, *salvo* na organização economica. De modo que, *no que concerne aos bens materiaes da vida,* a burguesia é anarchista."

Estabelecida a dualidade Estado e Sociedade, a vida, no seu funccionamento, no seu roer dos artificios, tenta corrigir o que, contra a tendencia do mundo, as condições sociaes edificaram.

Por trás do governo apparente, inerte e complexo, surge o governo effectivo[2], quasi sempre exercido pelas forças sociaes dos sectores a que não foi o Estado liberal. Depois da guerra, assistimos á exteriorização estatal de partidos, que dêem *substancia politica* permanente á *forma do Estado*[3]. O Estado liberal sempre foi effectivamente governado por forças *instaveis,* por influencias variaveis no tempo; donde a sua "carencia (ou pluralidade variavel) de sentido". Os novos Estados

---

1. *Systema de Sciencia Positiva do Direito,* Rio de Janeiro, 1922, vol. II, p. 603.

2. Fundamental, o artigo de R. PILOTY, *Autorität und Staatsgewalt,* em *Jahrbuch für vergleichende Rechtswissenschaft,* vols. VI e VII (1904), p. 550 s.

3. Partido communista, na Russia; partido Stambulisk[i], na Bulgaria; fascismo, na Italia.

estabelecem *unicidade* de governo *effectivo* (Russia, Italia) e fundem, nos pontos de contacto, o governo *legal*, apparente, e o governo *effectivo*. A idéa méstra do sovietismo foi o dominio do proletariado sobre a burguesia tornada sem direitos, isto é, segundo a expressão de BUCHARIN, o dominio da "organização dos elementos mais progressivos da classe mais progressista", como, dentro do proprio partido, definiu elle o partido communista russo. O jurista soviético prof. MAGEROVSKI explica a recepção do direito publico russo nos outros Estados soviéticos pela *igualdade* da *construcção de classe* e pela autoridade do proletariado russo como o iniciador da Revolução socialista, — tal como os Estados burgueses receberam o direito publico inglês e francês.

O direito publico dos Estados liberaes não reconhecia, nem conhecia qualquer fonte de poder ao lado do poder politico, organizado segundo as leis: autoridade era *conceito de direito;* mas, de facto, existia o poder *ao lado*, o poder extrapolitico, que influia, conforme *conceito da vida* (Begriff des Lebens). As monarchias absolutas não deixavam margem a isto. O Estado representativo, liberal, encontrou-o e aggravou-o.

A Europa e a America, com as suas Constituições do seculo passado, reduziram o Estado a bem pouco. Sociedade e Estado apparecem nos seus juristas e pensadores como incommensuraveis, ou, pelo menos, insuperponiveis. Uma só parte da vida social interessava o Estado; o resto, por apolitico, escapava ao seu alcance. Religião e economia ficavam fóra das suas actividades; o Estado deixava que se processassem á sua revelia, sem coordenação aos seus fins, apoliticamente, a vida economica e a vida religiosa da nação. Era a neutralidade que elle impunha a si mesmo. A

economia procurou, de um lado, individualizar-se, atomizar-se, a serviço do capitalismo individualista mais duro, mais absorvente, e do outro, nos trabalhadores, organizar-se *contra o Estado*. Em resultado, na America como alhures, teve-se o Estado sector, — em vez do Estado-esphera, que seria superponivel á sociedade e á serviço desta. A chamada neutralidade do Estado, caracterizada pela não-intervenção em materia economica, educacional e religiosa, conseguiu passageiro equilibrio, porém cavou entre o Estado e a Sociedade a dualidade. O problema politico do Seculo XX é nascido, precisamente, desta *dualidade*. Onde funccionava, *effectivamente*, a representação nacional, a sociedade adquiriu orgão de vontade, actuante, energico, causando a opposição entre Parlamento e Estado (governo), tentando suffocar a este, dominá-lo, ou immediatamente, pela mutação de governos a cada mutação das maiorias, ou mediatamente, pela aspiração do voto secreto[1]. Nos Estados em que as Assembléas não representam, effectivamente, a nação, ou em que o governo as suffoca, com a preponderencia do Poder executivo (como se deu no Brasil[2]), a Sociedade appella para o voto secreto para que *se possa representar*, e estabelece a luta contra os dirigentes, contra todos os elementos que, vaga e confusamente, lhe parecem nocivos, isto é, factores da *dualidade* entre Estado e So-

1. Foi R. GNEIST, *Die nationale Reichsidee von den Ständen*, Berlin, 1894, p. 269, que descobriu o movel psychologico, occulto, do voto secreto, — a submissão do Estado á Sociedade.

2. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 467; — *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*, no *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilisophie*, vol. 16, p. 531.

ciedade. No fundo, toda ditadura visa tapar o valado entre as duas entidades, o ditador impõe-se como o individuo capaz de desfazer a cisura, ajustar Sociedade e Estado, pela integração deste. Mas a educação dualista leva-o aos mesmos erros dos tempos constitucionaes.

Aquillo, a que no primeiro quartel do Seculo XX, se chama syndicalismo, é a theoria da reorganização social pelas corporações profissionaes, obrigatoriamente constituidas por todos os que exercem a mesma profissão. Aos poucos os syndicatos assumiriam a direcção das empresas, socializando-se, progressivamente, os serviços, destruida a construcção capitalista. A economia collectiva substituir-se-ia á economia privada. O Estado tornar-se-ia desnecessario; desappareceria.

Na pratica, os factos mostraram que a theoria syndicalista seria possivel. O problema que se levantou foi de vida ou de morte: ou o Estado convive com o syndicalismo (*a*), assimila-o, absorve-o (*b*), ou entrará em luta com elle (*c*), provavelmente sem salvação (*d*), ou salvando-se, mediante theoria mais radical (*e*). A solução *a* foi a que se propôs a organização alemã. A solução *b*, realizou-a a genialidade fascista. A attitude *c* é a de alguns paises reaccionarios que não percebem o dilemma em que se collocam: a guerra desigual entre a forma *juridica* e a forma *vital*, com a consequencia *d;* ou o desenvolvimento de doutrinas mais radicaes (solução *e*, Russia).

Se bem que os juristas sejam conservadores, pelas razões de mecanica social que noutros lugares estudámos, e por lhes faltar a disponibilidade intellectual necessaria a mais facil ventilação das convicções (politica, sciencia, elementos mais instabilizantes), tiveram, ao contacto com os novos phenomenos do direito publico, de attender aos impulsos da vida e pro-

cederam a verdadeira recomposição da noção philosophica de Estado e da dogmatica daquelle direito. A adequação do Estado ás infraestructuras que o ameaçavam, o esclarecimento dos seus fins superiores, a descoberta dos caminhos por onde syndicalismo e Estado pódem passar juntos, irmanados, constitúe o desafio aos estadistas do segundo quartel do nosso Seculo, desafio a que cada povo (cada Estado) tém de dar solução *propria*. Propria, individual, como obra de arte, dentro do ensinamento hodierno da sciencia politica. No fundo, todas ellas são socialistas (não ha nenhuma solução fóra do socialismo), mas a Russia encontra a sua, a Alemanha irá, prudente, sabiamente, extraindo, da sciencia e da experimentação, a que lhe serve, a Italia, a que lhe resolverá os seus restantes problemas, a Espanha, o Brasil... Tardar em encontrála é que é o grande perigo.

A assimilação ou absorpção do syndicalismo pelo Estado implica a socialização deste ao mesmo tempo que nacionaliza o socialismo syndical. Apreciadas as duas consequencias, é facil comprehender o extraordinario valor de *actualidade*, que possúe a solução, duplamente feliz, pela combinação das duas forças, em vez da luta, e pela solidariedade nacional, com intensificação, aperfeiçoamento e justiça na producção: disciplina das relações collectivas do trabalho, organização e finalidade socialista do Estado.

A solução soviética foi no sentido de uma Constituição politico-economica. A solução italiana, a passos de legislação, tomou o caminho do sector economico. A solução alemã trouxe para o bojo da Constituição a dualidade da politica e da economia: o dialogo, a que se assistia lá fóra, passou a assistir-se de dentro do direito constitucional, negando a propria razão de ser de uma constituição, que é *decidir* em linhas geraes.

Quando se procuram saber quaes as causas da divergencia entre o Soviet ou a Italia e a Alemanha, a opinião dominante entende que está no agrarismo dos dois primeiros povos e no industrialismo do terceiro. Se assim é, a determinação sociologica aconselharia no Brasil a estructura do Estado corporativo á italiana, ou do Estado soviético, á russa. Ter-se-ia de organisar o partido *unico*, para que, com a unicidade de partido, se traçassem fortemente as directivas politico-economicas. Sem partidos nacionaes, teriam de ser assimilados ou destruidos os partidos regionaes. Seja como fôr, a pergunta é sempre a mesma: qual o methodo que mais convém ao Brasil? Certo, a solução delle terá de ser sua, attendidas as suas circumstancias; mas, qualquer que ella seja, rumará para um dos tres typos, combinados ou *corrigidos*, se possivel, ou será de perigosa provisoriedade.

Feitas as considerações que aí ficam, examinemos, separadamente, os tres assumptos seguintes: 1) visão geral das soluções recentes; 2) tendencia ao Estado integral quanto aos processos sociaes de adaptação: evidenciado o dualismo "Sociedade-Estado", no qual este sómente cobre um sector ou poucos sectores sociaes, o Estado procura desfazer o antagonismo e fazer-se coextensivo á Sociedade; 3) tendencia á univocidade do Estado: o Estado, ao sentir que não governa, que não tém sentido, salva-se pela politica do sentido unico. O ultimo será objecto do Capitulo II.

2. *Visão geral das soluções recentes*

Tém-se procurado ver no Estado soviético Estado ajuridico. Ora, elle constitúe o Estado, dos que até hoje existiram, no qual o direito se extende a maior numero de sectores. O anarchismo, o egotismo anarchico, o

nietzscheanismo, poderiam ser ajuridicos. O communismo e a sua fórma transitoria, o sovietismo, de modo nenhum; suppõem extensão extraordinariamente grande de ordenamento juridico, tendente a uma nunca vista estabilidade, pela *unicidade* e *precisão* do seu fim. Os escriptores, que têm analysado o systema soviético, ou são russos e estrangeiros anti-sovietistas que vêem o novo Estado, *de dentro* do Estado burguês, sem qualquer objectividade sociologica, ou sovietistas, incapazes de elaborar, partindo de critica immanente ao systema, theoria do Estado soviético, que o enquadre na Theoria geral do Estado. A Theoria geral do Estado tém de ser reformada, *alargada,* para que caibam os novos Estados europêus: elles existem, são Estados; e não se comprehenderia a invariabilidade de uma Theoria, que deixasse fóra das suas proposições Estados que existem.

A doutrina demoliberal *impede* qualquer defesa da producção e do consumo, no sentido do interesse collectivo, — é a negação do governo, da organização geral.

O Estado abstencionista, ao cogitar dos problemas da instrucção e da educação, só se abalança a soluções *imparciaes,* a soluções mediocres. Evita as directivas nítidas, a originalidade. A actividade intellectual e artistica torna-se mercantil, preoccupada com a felicidade individual, atomica: extende o campo eleitoral, alphabetiza, instrúe, sem dar á alma humana, ás suas riquezas, todo o aproveitamento de que precisa o crescimento social. Sobre o systema do Estado autocratico conta a vantagem de maior extensão; vantagem devida á democracia. O liberalismo esvazia de conteúdo verdadeiramente artistico, metaphysico, ethico, o ensino ministrado.

O Estado demoliberal confiou aos factos a solução dos problemas sociaes, principalmente dos economicos. *Ab initio*, renunciou a procurar o sentido das *leis* e *soluções* economicas: quis realizar a liberdade, sem se dar conta de que, com a abstenção, renunciava á propria realização da liberdade *possivel*. A tirania das classes veio mostrar que a *liberdade possivel* só se adquire *impondo-se* e que, pela abstenção, só á não-liberdade se chega. O regime liberal agoniza na asphyxia de uma contradicção: realizou a servidão de *algumas* classes. A isto succedeu, na Russia, a ditadura dos opprimidos, para matar a oppressão; *economicização* do Estado e *estatalização* da Economia; com o pecado do materialismo historico: a explicação dos factos sociaes através de uma só causa, a causa economica[1]. Na Italia, as forças economicas inserem-se no poder politico e participam do governo. Donde a differença entre as duas concepções: mais *rigida* a soviética, que adopta fim *politico* inflexivel, extraido da economia, o que leva alguns escriptores a crerem em Estado economico com submissão do processo politico[2]; mais inspirada no conjunto social a fascista, que, sem inflexibilidade de

1. *Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, ps. 41-47. Entende GUIDO BORTOLOTTO, *Lo Stato e la dottrina corporativa*, Bologna, 1931, vol. I, p. 50, que, por dominarem o poder politico as forças economicas, o regime soviético é a negação do Estado, na sua essencia e na sua funcção. Sem razão: o Estado economico-politico, que é o soviético, corresponde, *mutandis mutandis*, ao Estado religioso, e é bem mais Estado que o Estado confessional.

2. Impossivel *sentido* preciso da Economia sem preciso *sentido* politico: a Economia é demasiado instavel, movel, para que della se pudesse tirar fim inflexivel, como o fim revolucionario russo. Desconhece a differença de estabilidade especifica dos processos sociaes de adaptação quem considera mais economico

fim *politico*, assimila as corporações *economicas* e as solda ao Estado[1].

Na solução transaccional da Alemanha, a parte economica (Constituição, art. 165) ficou *ao lado* da Constituição politica. Não se póde dizer que se tenha enfrentado o problema das duas dimensões, politica e economica; são figuras em dimensões differentes as duas constituições, a politica e a do art. 165. A comprehensão global, que alguns pretendem[2], constitúe maior aspiração, bôa vontade, do que está na obra de Weimar. Procurou CARL SCHMITT explicar a solução de 1919 pela analogia com a autonomia administrativa das communas e uniões de communas; mas não attendeu a que a especificidade das funcções economicas (artigo 165) não póde estar para o Estado como, para elle, estarão as communas e as uniões de communas. Seria preciso que a economia, na materia do art. 165, viesse a ser, realmente, uma das dimensões do Estado. Após o dualismo "Estado-Economia", que existia antes, arrisca-se a Alemanha ao mesmo dualismo *dentro* da Constituição. Se descermos mais fundo na analyse, ve-

---

que politico o Estado soviético: é o typo do Estado, enorme nas dimensões politica e economica, porém maior naquella do que nesta. O outro processo, com que se lhe augmenta o coefficiente de estabilidade, de rigidez, é o elemento moral. O grande homem soviético é o Homo politicus-oeconomicus-ethicus, no qual o elemento juridico, scientifico e artistico são fortes, e o religioso quasi nenhum.

1. O grande homem fascista é politico-juridico-economico; religioso-ethico, artistico, scientifico, em segunda plana. Realiza o typo de distribuição média.

2. E. TATARIN-TARNHEYDEN, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemocratie, ein Kommentar zu Artikel 165 der Reichsverfassung*, Berlin, 1930, p. 12 s.

remos que a solução não dá ao factor economico o poder de decisão estatal: o Conselho Supremo do artigo 165 não tém caracter estatal decisivo. Dois systemas estataes distinctos, o atomista (democracia numerica) e o organico (collaboração das classes), conforme reconhece TATARIN-TARNHEYDEN, dos quaes o segundo é secundario. Não cremos que seja irrealizavel o artigo 165, como pretende JACOBI[1]; em verdade, é falho, insufficiente, janela aberta para um mundo que poderá vir, mas, como está na Constituição, o mesmo *dualismo*, agora "dentro da Constituição", quando devia haver (e era o que se pedia e pede, com a fórte actuação economica) a interdependencia estatal da politica e da economia, como se dá lá fóra, na vida, a interdependencia *physico-social* dos processos de adaptação. No direito constitucional da Alemanha, o elemento politico continuou quasi exclusivo; toda a pyramide se ia fazer com as duas dimensões, mais o direito, e acaba, em cima, sómente em duas, politica e direito.

3. *Tendencia ao Estado integral*

O Estado que se preoccupa com a politica, com a cultura (arte, sciencia), com a moral, e não se interessa por uma economia *politica*[2], scinde o complexo social; a economia, despeiada, caótica, em luta aberta, tomará duas attitudes a respeito do Estado, uma, por parte dos detentores da riqueza, pondo o Estado a seu serviço, sem riscos, *porque ella não é o Estado*, e outra, por parte dos desfavorecidos, contra o Estado. E' o Estado-sector.

---

1. E. JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, p. 392 s.

2. A economia indidualistica é *apolitica*.

O Estado que se preoccupa com a politica, a economia e a religião, e não se interessa pela cultura e pela moral, não é menos Estado-sector.

Todo Estado-sector é menor que a Sociedade, sómente apanha *algumas* categorias de phenomenos sociaes, e não todas, sómente recobre parte da vida social. Quanto ao mais, abstém-se. Nasceu mutilado, insufficiente; a sua vida é, desde o inicio, uma crise. Vacilla e oscilla, como um banco de pernas soltas, ou mal pregadas, ou mesa a que falta uma perna ou, até, a que faltam duas ou mais.

Ao systema do Estado-sector deante da Sociedade chama-se estructura dualista, porque não coincidem a do Estado e a da vida social.

Todas as estructuras dualistas do Estado fracassaram. Estado neutro é Estado que se nega, na sua funcção principal, que é a *integração social*, O Estado integral e integralizante, tal o que reclama a nossa época.

Caracterizada a crise da dualidade, o Estado contemporaneo tém de enfrentar o problema economico, o problema ethico, o problema politico, o problema juridico, o problema cultural (scientifico e ethico), o problema religioso. Só assim poderá ser o que a madureza do espirito, a perspectiva das dores humanas e os ideaes humanos reclamam que elle seja. Tal o *fim*, a que todos os povos tendem; a solução variará com os lugares e os tempos. Só neste sentido se terá possibilidade de proseguir.

As constituições do Seculo XIX são "politico-juridicas", ou "politico-juridico-culturaes", constituições em só duas ou quatro dimensões sociaes; algumas "politico-juridico-religiosas". Esboçam-se, no Seculo XX, após a guerra mundial, as constituições "economicas", com ou sem o caracter religioso. Já é mais uma dimensão. O Estado integral abarcará todos os processos sociaes,

todas as dimensões; a Constituição será social, integral, em todo o "solido" do espaço social.

Deve ser a mesma a attitude do Estado deante dos differentes processos sociaes? Deve intervir ou poder intervir em todos? *A priori*, e em globo, não seria possivel responder.

Cumpre examinar como se deve comportar o Estado integral deante dos processos adaptativos principaes, de per si:

I. Deante da Politica, elle deve querer a realizabilidade dos programmas e, por isto mesmo, o problema da *univocidade* está incluido no problema do Estado integral. Aqui, ou o Estado se faz pluripartidario, ou unipartidario, e adopta a pluralidade ou a unidade de fins. Entre os dois extremos, a solução depende da *technica constitucional*. Ainda mesmo na Alemanha de 1919, sensivelmente pluralista, o Estado procura a univocidade. A reacção contra o liberalismo inorganico e as suas consequencias — as coalições e a falta de governo effectivo e proprio — traduz-se na tendencia ao Estado integral e *univoco*. O fim socialista é o mais generalizado, e não differe delle, senão na origem das revoluções e em certa tactica original, o fascismo italiano. Não nos deteremos no estudo da attitude do Estado no sector politico, — é a attitude perante si mesmo, o problema da sua propria *extensão* e *forma*, dos seus limites e da sua estructura. Portanto, todo o assumpto do direito constitucional.

II. Deante da Economia, a critica do Seculo XIX mostrou que a abstenção de nenhum modo se justifica. O Estado liberal desenvolveu a economia individualista; o Estado tendente ao integralismo collima a economia *nacional*. Portanto, suppõe programma, preva-

O Estado que se preoccupa com a politica, a economia e a religião, e não se interessa pela cultura e pela moral, não é menos Estado-sector.

Todo Estado-sector é menor que a Sociedade, sómente apanha *algumas* categorias de phenomenos sociaes, e não todas, sómente recobre parte da vida social. Quanto ao mais, abstém-se. Nasceu mutilado, insufficiente; a sua vida é, desde o inicio, uma crise. Vacilla e oscilla, como um banco de pernas soltas, ou mal pregadas, ou mesa a que falta uma perna ou, até, a que faltam duas ou mais.

Ao systema do Estado-sector deante da Sociedade chama-se estructura dualista, porque não coincidem a do Estado e a da vida social.

Todas as estructuras dualistas do Estado fracassaram. Estado neutro é Estado que se nega, na sua funcção principal, que é a *integração social*, O Estado integral e integralizante, tal o que reclama a nossa época.

Caracterizada a crise da dualidade, o Estado contemporaneo tém de enfrentar o problema economico, o problema ethico, o problema politico, o problema juridico, o problema cultural (scientifico e ethico), o problema religioso. Só assim poderá ser o que a madureza do espirito, a perspectiva das dores humanas e os ideaes humanos reclamam que elle seja. Tal o *fim*, a que todos os povos tendem; a solução variará com os lugares e os tempos. Só neste sentido se terá possibilidade de proseguir.

As constituições do Seculo XIX são "politico-juridicas", ou "politico-juridico-culturaes", constituições em só duas ou quatro dimensões sociaes; algumas "politico-juridico-religiosas". Esboçam-se, no Seculo XX, após a guerra mundial, as constituições "economicas", com ou sem o caracter religioso. Já é mais uma dimensão. O Estado integral abarcará todos os processos sociaes,

todas as dimensões; a Constituição será social, integral, em todo o "solido" do espaço social.

Deve ser a mesma a attitude do Estado deante dos differentes processos sociaes? Deve intervir ou poder intervir em todos? *A priori*, e em globo, não seria possivel responder.

Cumpre examinar como se deve comportar o Estado integral deante dos processos adaptativos principaes, de per si:

I. Deante da Politica, elle deve querer a realizabilidade dos programmas e, por isto mesmo, o problema da *univocidade* está incluido no problema do Estado integral. Aqui, ou o Estado se faz pluripartidario, ou unipartidario, e adopta a pluralidade ou a unidade de fins. Entre os dois extremos, a solução depende da *technica constitucional*. Ainda mesmo na Alemanha de 1919, sensivelmente pluralista, o Estado procura a univocidade. A reacção contra o liberalismo inorganico e as suas consequencias — as coalições e a falta de governo effectivo e proprio — traduz-se na tendencia ao Estado integral e *univoco*. O fim socialista é o mais generalizado, e não differe delle, senão na origem das revoluções e em certa tactica original, o fascismo italiano. Não nos deteremos no estudo da attitude do Estado no sector politico, — é a attitude perante si mesmo, o problema da sua propria *extensão* e *forma*, dos seus limites e da sua estructura. Portanto, todo o assumpto do direito constitucional.

II. Deante da Economia, a critica do Seculo XIX mostrou que a abstenção de nenhum modo se justifica. O Estado liberal desenvolveu a economia individualista; o Estado tendente ao integralismo collima a economia *nacional*. Portanto, suppõe programma, preva-

lecente, preciso, — programma, que se *imponha* (porque, do contrario, não póde existir só e não prevalecerá), que *dure* (porque, do contrario, seria passageiro e não se poderia executar), e que seja *nitido* (porque, do contrario, permittiria a variação e, pois, a hesitação e o "sem sentido e direcção" que se quis evitar).

Os seculos anteriores muito cogitaram e meditaram a economia como sciencia. O que se procurava era o saber economico. As proprias theorias, que tinham por fito actuar, lutavam em torno do problema inicial: deve-se deixar aos particulares o organizar a vida economica ("laissez faire, Sire!") ou ao Estado é que deve caber a direcção dos individuos, na organização economica? O nosso seculo, aproveitando as criticas do Seculo XIX (que foi eminentemente critico), já se não detém naquelle problema, que demorava a formulação de imperativos. (Deante das premissas no indicativo, parava, discutindo a premissa no imperativo; antes da solução, não poderia haver conclusões.) E' um seculo que sabe existir sciencia economica, sociologia economica (premissas no indicativo) e reclama *politica economica,* quer dizer — actuação, intervenção, direcção, efficiencia. O espectaculo que observou foi, de si só, eloquente. Carestia de vida, industrias em actividade com perdas inevitaveis, agricultura em crise, miseria e superproducção, escassez e fartura, tudo isto veio mostrar que o Estado abstinente era um crime contra o Estado, como o suicidio é catalogado nos codigos penaes. Só os fins justificam o Estado; o Estado abstinente é um Estado sem fins. Onde iria elle parar, cercado de contradicções, indifferente á luta, que a sua inacção deixou aggravar-se, e deante de outras estructuras espirituaes e economicas, como os syndicatos, doutrinaria e praticamente contrarios á sua existencia? E' innegavel o papel do Seculo XIX na cri-

tica que desenvolvia, minuciosa e inexoravel, ao mesmo tempo que *vivia* o Estado abstencionista.

Assente que o sector economico tambem deve ser occupado pelo Estado (politica economica), resta saber até que ponto deve ir a acção interventiva. Os limites hão de ser dados pela Sociologia geral (especificidade e interdependencia dos processos sociaes, circulos sociaes em que as integrações se operam) e pela technica. São susceptiveis de expressão como deveres do processo economico:

1. A Economia é um dos processos sociaes; portanto, *deve respeitar os outros processos*, sob pena de ser usurpadora.

2. Cada unidade social tém a sua vida social, a sua vida economica; portanto, *as unidades sociaes devem ser respeitadas*: a politica economica não póde, sem prejuizo para a sociedade, estrangular o individuo, as classes, os circulos sociaes intraestataes, o Estado.

3. Para resultados seguros, ha meios technicos; em consequencia, a *politica economica*, que é arte, technica, *tém de attender ao que lhe ensina a sciencia economica e lhe mostra a technica aprendida nos factos e na pratica das doutrinas economicas*. A interdependencia dos processos sociaes apresenta-nos casos em que a lição economica engendra a aspiração ethica (os vicios diminuem a capacidade de producção, portanto são exprobraveis; o luxo impede a poupança), outros em que a lição biologica ou ethica limita a politica economica (o trabalho de mais de oito horas é rendoso, mas prejudica o individuo; o aproveitamento das crianças tornaria mais barato o fabrico, mas a hygiene e a moral se oppõem a isto. A unidade de legislação economica para todo um Estado de grande territorio expõe a politica economica a todos os males da generalização forçada: para evitar ou remediar o que occorre em certo

lugar, terá de legislar, uniformemente, para todo o país, o latifundio, que aqui ainda se justifica, tém de desapparecer, porque, adeante, é nocivo, impeditivo da producção e da distribuição economica das populações.

Quanto ao fim, as theorias economicas pódem ser encadeiadas da direita, extremamente conservadora (ou, até, puxante para o passado), dos planos de accentuação dos velhos principios, para a esquerda, extremamente renovadora e até communista. Desde que coexistam taes theorias, o Estádo é pluripartidario; desde que só uma dellas seja possivel, unipartidario. Naquelle, o predominio é occasional, pelo peso das influencias, ou de compromisso, pela juncção de partidos dispares mediante a renuncia á acção (minimo de fins, detenção dos cargos). Dir-se-á que a univocidade é impossivel fóra do Estado unipartidario. Entendemos que não. O Estado unipartidario assegura a univocidade, negando qualquer outra directiva; mas exige a força que o permitta perseverar na mesma senda. Nos Estados de immensos territorios, torna-se difficil, e mais ainda onde não haja camada sufficiente de convicção homogenea. E' possivel conciliar o Estado pluripartidario com a univocidade? Sim, se pusermos o problema *dentro do Tempo*: tende-se a x, os meios para assegurar a tendencia são os meios v; dentro da tendencia, permitte-se a luta, que traduza as discordancias, não em theorias oppostas, e sim em *apressamentos* e *retardamentos* "justificados" pelo interesse geral. Como obter tal posição "temporal" do problema? Inserindo nas constituições formulas normativas que traduzam leis sociaes e evitando embaraços technicos, emperrantes, á normal applicação de taes leis. Sabemos que o balão superior da ampulheta estará esgotado no momento x: se a deito no momento x, no momento z não estará esgotado o balão. A lei phy-

sica não deixou de prevalecer, mas desviámo-la. Ora, em politica, dá-se o mesmo: o Direito, a Moral, a Religião, usam de actos desviativos para evitar as adaptações rapidas. Se diminuimos, constitucionalmente, a possibilidade de taes actos, deixaremos mais livres os factos. Quando, pela liberdade, a lei leva a limite, a politica póde consistir em evitar os prejuizos da ida áquelle limite e da correspondente reacção: socializar aos poucos, technicamente, é evitar a luta das classes corpo a corpo, afastar a solução catastrophica.

A politica economica não deve suffocar o individuo, a familia e os outros grupos intranacionaes, nem a nação. Hierarchia de circulos; porém quem diz hierarchia exclúe a idéa de absorpção e de estrangulamento. Economica, politica, socialmente emfim, é preciso que se dê aos individuos e ás collectividades o que lhes mantenha a integridade e assim se evite a hypertrophia, a desproporcionalidade funccional delles.

O fim economico não póde existir sózinho; a Economia é um dos processos sociaes; tém de obedecer, não ao fim economico, o que a faria independente, e sim ao *fim social*, a que deve servir.

III. A funcção *social* da religião é aggregar, ainda com sacrificio, ou pelo sacrificio, estabilizar (dogmas, ritos) e assegurar a sensibilidade supraindividual, o fim transcendente aos outros fins sociaes immediatos. O Estado só politico, ou só politico-juridico, no mesmo acto de affirmar a liberdade de religião, coisa que se não devia confundir com o desinteresse estatal pela existencia, ou não, de religião, ou de religiosidade (que é a sua manifestação subjectiva), se fez *areligioso*. A attribuição de liberdade a uma força, ou a um conjunto de forças, não implica a privação de interesse do Estado em que existam estas forças. Nisto consistiu o

grande erro do liberalismo: fez da liberdade economica a negação de fins economicos, o *laissez faire;* da liberdade de religião, a irreligiosidade. A democracia liberal dessecou de espiritualidade o mundo, ao mesmo tempo que indicava ás forças espirituaes a necessidade de entrar na "luta pela vida" material: os sabios mercantilizaram-se; os pastores, os padres, os pensadores. O prestigio pratico da sciencia salvou, em certos paises, aquelles: o Estado cultural cuidou dos laboratorios, dos observatorios, das investigações scientificas de toda sorte. Aos pregadores e aos pensadores não assistiu a mesma utilidade providencial: definhou o pensamento religioso e philosophico, a inoculadora fluencia da "concepção do mundo" e do "sentido da vida"; e occorreu coisa mais grave: materializou-se, confundindo victoria espiritual e poder material.

Admittido que a liberdade exigisse a laicidade do Estado, seria erro dizer que exige a *indifferença* do Estado. Fôra abster-se de manejar força existente, especifica, ignorando a coexistencia da Politica, da Religião e dos outros processos adaptativos, e a necessidade de utilizar a todos na realização dos fins do Estado. Estado abstencionista é Estado manco, — mesa septangular de duas pernas, ou de tres.

Se a Religião é uma força, como *governar* sem contar com esta força, isto é, sem poder utilizá-la? Note-se bem a differença entre *liberdade* e *liberalismo*: o Estado liberal traduz liberdade por abstenção. Quem se abstém não assegura liberdade, desampara; quem se obriga a abster-se, prohibe-se, a si mesmo, utilizar-se: limitação que, na contemplação dos factos sociaes, consiste em reduzir o Estado a espectador impotente, a espectador que não póde dosar a vida social, se bem que reconheça ter em $+x$ e em $-x$ a composição opti-

ma. Ora, tratando-se de religiões, a abstenção significa renunciar a qualquer dosagem no sentido de *solidariedade espiritual* e de *finalidade espiritual*, pelo menos quanto ás camadas, enormemente maiores, dos que sem a religiosidade não a adquirem.

O fascismo, essencialmente *affirmativo*, criou a correcção no sentido de reconhecer relações politico-juridicas entre Igreja e Estado. Em vez do Estado confessional e medievo, do Estado religioso ou ethico-religioso, e do Estado laico de typo liberal, a Italia equidefronta Igreja e Estado: aquella se *estataliza* e esfe de certo modo se *ecclesiastiza;* mas de tal forma que um retenha poderes de que o outro não goza na mesma extensão: a Igreja só exerce diminutos poderes politicos; o Estado, ethicizado, *favorece* a religião, declarando qual a do Estado, não como *attributo delle*, e sim como *um dos meios* para o seu desenvolvimento. Note-se a differença quanto ao Estado religioso e o confessional: no confessional, prepondera a Igreja, a autoridade do Estado é derivada; no religioso, defrontam-se os dois poderes, prevalecendo, em certas materias, a religião, que é *attributo* do Estado; no systema fascista, o Estado dá valor *juridico* a actos dos ministros da religião, sem que aliene á religião os seus poderes.

Teremos ensejo de mostrar outra solução technica: a do Estado sociodemoliberal.

IV. Deante da Sciencia, a attitude do Estado tém de ser de *activação* e não de *intervenção* nos methodos e nos criterios, posto que possa ser de intervenção na preferencia dos sectores das experimentações (aqui, a intervenção não fére a liberdade *essencial* ao pensamento scientifico). De modo nenhum se confunda o direito fundamental do individuo quanto á *opinião* com o direito *transindividual* e obrigatorio que resulta da

objectividade supraindividual da investivação da verdade[1]; mas, principalmente, não se pense que o facto de se ter deixado á Sciencia tal liberdade (do contrario, seria *obstar* a Sciencia) implica não ser integral o Estado.

O Estado póde chamar a si as instituições de investigação scientifica, ir, até, á negação do direito *individual* de investigar e de opinar (principio da liberdade de opinião ou da livre discussão), e cercar de garantias materiaes extraordinarias o investigador: o que não lhe é dado fazer é negar a livre disponibilidade de espirito indispensavel á pesquisa e á meditação scientifica. Seria a absorpção do processo gnoseologico pelo politico, e não a realização do Estado integral.

O Estado contemporaneo tém de ser educativo, — cabê-lhe o cuidado maximo, de acôrdo com o seu fim valorizador do Homem, no ensino publico, principalmente profissional, na selecção e orientação profissionaes, na escolha e preparo de chefes.

1. E. Spranger, *Das Wesen der deutschen Unniversität*, em *Academisches Deutschland*, vol. III (1930), p. 5.

CAPITULO II

TENDENCIA AO ESTADO UNIVOCO

Em todos os povos, os movimentos regeneradores dos nossos dias tomam a forma de luta contra os politicos, contra a politica. Reflexo, reacção inconsciente, que não consegue discriminar as causas e ataca apparencias. Quem contempla taes movimentos logo lhes aponta o comico-tragico, o quixotismo, o investir contra moinhos. Mas, ao se descer á analyse, comprehende-se onde o erro, onde a confusão de conceitos; comprehende-se e desculpa-se, tanto mais quanto nella incidiram juristas e sociologos. Quando se clama contra os politicos, não é a "despoliticização" que em verdade se quer, — o que se pede é a eliminação dos males produzidos pelos vigentes processos politicos. Ora, um dos males é, exactamente, a falta de politica, a carencia de fins politicos, a ausencia de bussola. Na Europa e na America, o clamor levou a reivindicações violentas, porém raro sabiam os reivindicantes o que em verdade queriam.

1. *O problema technico*

Cumpre não confundir *politica* e *politica dos partidos*. Esta leva á affirmação e á propaganda de fins

differentes, contradictorios, para o Estado, e ás coalições partidarias, aos accôrdos pessoaes passageiros, para poderem os partidos exercer os postos de governos. Donde o obstaculo á unidade ideologica, unidade indispensavel a quem governa. *Eliminar partidos, pelo Estado unipartidario* (Russia, Italia), *ou eliminar governos fundados em coalições*, — taes os processos technicos. Não é despoliticizar. Despoliticização seria amputação, — córte de um dos mais graves processos de adaptação social, aquelle que, justamente, é o mais *delicado*, por ser menos instavel do que a Economia, mais instavel que todos os outros processos adaptativos, e por ser o que serve de transformador das proposições de todos os outros em regras juridicas.

Vivemos época em que os povos pedem governo, porque as coalições partidarias impediram a realização de programmas nitidos. A luta contra os "politicos", na Europa e na America, significa, no fundo e objectivamente, a luta contra os acôrdos, as combinações, as frentes unicas para o poder[1]. Porque o que se

1. A contradicção das expressões é evidente. Explicando a estas, desfaz-se aquella. Combate-se o complexo de males que emanaram do Estado bi ou tridimensional, do Estado que pretendeu realizar fins geraes, descrever figuras *n*-dimensionaes nas sós dimensões politico-juridicas ou nellas e em mais outra. Vieram a anarchia economica interna; a extraneidade (não só *neutralidade*) deante de todos os outros processos adaptativos; a admissão da base pluralista (muitos partidos) na descripção *vivida* dos fins do Estado, na integração da vontade politica. Em summa, combate-se o não-governo, a falta de «sentido»; e pede-se governo, sentido. As convicções politicas do Estado dos XVIII e XIX foram convicções de acção apolitica: não-intervenção na ordem economica, agnosticismo, a mesma possibilidade de maioria e a supposição de que de *todos* (partidos divergentes) se possa tirar o *uno* (vontade politica). Ora, o que se aspira e se reclama é a

pede é *politica*. E' possivel gradação scientifica entre os programmas politicos, dizer-se este é melhor e aquelle piór. Quasi todos, como *rythmos*, são bons: o que não serve é a confusão, o desgoverno, o "sem sentido", a que levam as juncções partidarias, maior mal dos paises parlamentaristas. Aliás, isto, que dizemos na ordem politica, já o escrevemos quanto á ordem juridica: primeiro se ha de exigir a segurança juridica, o systema, o plano, mas a segurança extrinseca, de si só, não basta; faz-se mistér a ordem intrinseca, que é dada pelo systema no que contém de provimento, em si mesmo; á ordem extrinseca basta a previsibilidade, á intrinseca é preciso a perfeição interna do direito objectivo[1]; uma é ordem; outra, acerto. A politica das coalições partidarias não consegue este sem aquella; pacifica os homens, protraindo o problema, em vez de dar ordem aos factos, em vez de governar, resolvendo problemas. As coalições passageiras impedem a *unicidade* de plano, portanto o proprio plano, e afastam a possibilidade de criterio *objectivo* nas resoluções. O parlamentarismo, o maior responsavel pelas coalições,

---

convicção politica: convicção politica, ao fazer-se a constituição (sufficiente *informação* da realidade social, para que se tenham os *indicativos*, e sufficiente *força* para que á premissa no indicativo se associe a premissa no *imperativo* e se possa ter a conclusão no *imperativo*); apparelhos *indicativos* e apparelhos *imperativos*, que trabalhem — aquelles no *estudo* do que é mais scientificamente aconselhavel para a consecução dos fins adoptados pela Constituição, e estes no *aproveitamento* e *imposição* das proposições extraidas dos informes. Por onde se vê que, sob a apparente contradicção do espirito publico, elle reclama reformas precisas, e, essencialmente politico, directivas *politicas*.

1. PONTES DE MIRANDA, *Rechtssicherheit und innerliche Ordnung*, em *Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft*, Berlin, 1922, p. 3.

porém não o unico responsavel (porque ellas se devem ao pluralismo partidario *actuante*, que tanto existe no parlamentarismo quanto no presidencialismo), appellou para as commissões. Fez o mesmo o presidencialismo. Todas as esperanças foram para as selecções parlamentares, segundo indicações de competencia especializada. Falharam. Viam a especialização, sem darem conta de que escolhiam entre quantidades heterogeneas quanto ás convicções e com todos os inconvenientes do pluralismo partidario. Não podia haver *imparcialidade;* nem, sequer, *unideterminação.* Falta de exame sociologico e logico da origem dos grupos seleccionados: confundiam *addição das directivas* com *imparcialidade;* não viam que juntar *todas* as opiniões não significa ser imparcial. A commissão parlamentar é o microcosmo; a coalição dos partidos, o macrocosmo. A Inglaterra procurou obviar a isto com as *Royal Commissions,* nomeadas pela Corôa, junto aos *Select Committees.* A Alemanha proseguiu na esperança falaz de que as commissões parlamentares pudessem descolar-se do ambiente originario, adquirir neutralidade e objectividade. Mais uma vez se observou o mal da obra de transacção.

Por outro lado, a pratica alemã das leis de autorização tira ao Parlamento o dominio das situações juridicas. Ora se reserva ao Reichstag o direito de pedir a revogação, ora a audiencia, ainda que em sessão secreta, da Commissão do Reichstag, com ou sem Commissão do Conselho do *Reich.* A entrada de funccionarios (portanto não "politicos"), nos gabinetes, retira poder ou, pelo menos, evita a completa actuação do Parlamento[1].

1. O. KOELLREUTTER, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteinstaat,* Tübingen, 1927, p. 31 s.

Como obter a *disponibilidade de espirito*, que a pericia requere? perguntamos. Como criar dentro das possibilidades politicas de hoje e de determinada nação o corpo capaz de imparcialidade partidaria? pergunta-se. Pergunta-se mal.

Primeiro que tudo, afastemos a idéa de imparcialidade. E' falsa e equivoca. O que se requere é a unidade de plano, o Estado *pericial;* mas o Estado *pericial* não póde processar-se sem o postulado, sem o *ideal* de inicio, que lhe dê a teleologia indispensavel á formulação dos problemas scientificos, periciaes. No estado actual do desenvolvimento humano, as questões, a que têm de responder as pericias, precisam ser *interrores* ao programma geral. O programma absolutista falhou; o do Estado liberal, tambem; por isto mesmo, toda Constituição contemporanea precisa de decidir-se quanto á orientação fundamental. Se é incompleta, transaccional, aggravará a situação criada pela coalição dos partidos: ou a multiplicidade de planos, ou a inercia. O que se quer, antes de tudo, é o plano, a adopção duradoura de convicções firmes; dentro dellas, é que se desenvolverá a pericia. Portanto, a Constituição dá a pergunta: "como realizar o ideal x?" Ao Estado promover a resposta: na solução dos problemas para realizar os ideaes sociaes é que se desenvolve a funcção objectiva da pericia. Certo, a Constituição, ao se adoptar o ideal a, o ideal b, o ideal x, consultou a sciencia, a pericia; porém cumpre não confundir a determinação do fim do Estado com a realização politico-social do fim. A supposição de que o ideal só é revelavel pela vontade geral, a cada momento, levou á superstição da representação politica numerica e ao grande risco do pluralismo de planos e das coalições "aprogrammaticas". A' base estão a existencia das mesmas possibilidades de constituir maioria, com a subordinação dos vencidos aos ven-

cedores, e certa divisão que permitte a praticipação no processo de integração da vontade politica. Nas consequencias — deante da insufficiencia de cada partido para, sózinho, governar — vêm as juncções passageiras, com o fito de effeitos numericos.

2. *Estados unipartidarios*

O ordenamento politico soviético assenta na organização profissional. O direito de participar da vida do Estado — o poder estatal — deriva de ser trabalhador. E' no trabalho, como extrinsecação social da personalidade, que se funda o direito publico soviético. Tão grande é a funcção do trabalho que, por elle, o estrangeiro adquire a nacionalidade soviética. Toda conquista revolucionaria precisa garantir-se contra a reacção, contra os puxões para o passado. Por isto, só os trabalhadores defendem, pelas armas, a ordem nova; aos elementos não-trabalhadores cabem outras obrigações militares. O fim revolucionario, social, obriga a conceber-se o poder estatal como pertencente ao trabalhador, encarregado da grande symetrização social: "todos são trabalhadores". E' um dos escopos transcendentes do sovietismo; a ditadura do operariado serve a esta politica, senão de igualização humana, pelo menos de extirpação das desigualdades injustas.

O fim revolucionario, que se identifica com o fim do Estado soviético, preciso em doutrina, constitúe o fóco de inspiração. O Estado soviético, integral e unipartidario, vê nas leis, que elle faz, a *insufficiencia* para a traducção e realização de tal fim. A heterogeneidade dos fins do Estado burguês, polyidéico, tém de ser obviada pela technica da segurança extrinseca do direito, pelos principios de direito intertemporal, que assim no direito penal como no direito privado, garan-

tam a estabilidade da lei contra as usurpações polyidéicas das vontades politicas, e, no direito penal, contra a applicação analogica da lei. Não ha crime sem lei que o defina. Não vae a lei ao passado destruir o que outra lei criou. No Estado soviético, não ha o inconvenente do polyidéismo, da heterogeneidade dos fins: o fim é um só. A lei só permanece como instrumento de expressão momentanea, se e em quanto se lhe reconhecem utilidade e justiça na realização ou na marcha para o fim univoco do Estado. Tal monoidéismo dá ao Direito uma dignidade supralegal, se bem que, apparentemente, o desnature. O legislador soviético reconhece a sua insufficiencia technica no presente, mas confia em que se possa revelar, livremente, o Direito, — na especie, o direito soviético. Daí, a punição de toda abstenção ou de todo acto socialmente damnoso e em contradicção com a ordem estabelecida pelo poder operario-camponês (Codigo Penal, art. 9). Se a lei se revela contra o fim revolucionario, não prevalece; e a lei nova corrige-a, não só para o futuro, como em todos os tempos passados: a politica de direito intertemporal do Estado soviético só não admitte a destruição retroactiva daquelles principios em que se exprime o fim revolucionario. Taes principios, no systema soviético, são acima das proprias Constituições. Já haviamos preconizado a unificação dos methodos dos tres poderes e a *conferencia* da lei pelo Direito scientifico, afim de assegurar a realização do processo juridico melhor, inclusive quanto á propria Constituição[1]. Apenas, em vez de monoidéismo soviéti-

1. Pontes de Miranda, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 468 s., 488; vol. II, p. 422 s. (necessidade de se conferir com as verdades adquiridas pela sciencia do direito os proprios principios constitucionaes: as regras juridicas tratadas como «julgamentos», validos se e em

co, resultante da dialectica marxista, queriamos que se substituisse ao "desgoverno" e ás leis "erradas" do Estado burguês, a livre revelação scientifica, a que, pensamos, vae levar a fusão final entre a technica dos Estados integraes monoidéicos e a dos velhos Estados occidentaes: a solução inductivo-experimentalista após os dois racionalismos, isto é, as duas tentativas racionalistas da realização da "liberdade" e da "igualdade".

Traço commum entre a Russia soviética e a Italia: o Estado é unipartidario. A Russia unipartidaria e monoidéica. Unipartidaria, porém polyidéica, a Italia. Diremos "fusão das technicas". O mundo moderno está caracterizado por enormes differenças de nivel: sovietismo, capitalismo. Ora, os povos são vasos communicantes. A fusão tém de dar-se. A Sociedade autoorganiza-se no Estado, e este, para a execução dos seus fins, se serve de um só partido. A Alemanha, pluripartidaria, vê os seus partidos tenderem, cada um por sua parte, á integração, abarcando toda a vida do homem, toda a actividade (cultural, desportiva, politica, religiosa, moral), rumando-o, classificando-o. O Estado assiste a isto, á transformação dos partidos, *que eram politicos*, em partidos sociaes, integraes, na obra da recrystalização *social* por estructuras completas, em vez da crystalização *politica*, numa só *dimensão*.

A concentração dos poderes legislativos e executivos num só orgão fortalece a estructura politica sovié-

---

quanto se reconhecem como exactos); — *Subjektivismus und Voluntarismus im Recht*, no *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 16 (1922-1923), p. 532 s.; — *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, ps. 236 s., 243 s. («Os tres poderes e o methodo scientifico»), 247 («Unidade do methodo scientifico»).

tica e evita a heterogeneidade de fins; por outro lado, a preeliminação do problema syndicato *versus* Estado, que foi a solução soviética, permitte a unicidade das funcções de direito publico. Na Italia, a dualidade ainda existe (existirá de facto?), porque as secções e subsecções do Conselho Nacional das Corporações exercem funcções de direito publico, na materia syndical.

3. *Estado pluripartidario*

O typo classico do funccionamento das assembléas no Estado pluripartidario é a *dualidade* de partidos, dualidade que não se prejudica com dois ou mais partidos pequenos. A pluralidade de grandes partidos traz a *coalições*, uma de cujas consequencias é não se poder executar qualquer programma. Mais se governa, menos se dura no poder. Menos se governa, mais se permanece. A historia dos tempos anteriores á guerra mundial caberia numa phrase: o maximo de esforço, por parte dos partidos, para se conservarem no poder, recorrendo a acôrdo de interesses extraideologicos; em consequência de taes coalições, vém a impossibilidade de realizar programmas. A guerra despertou os povos: tinham de governar; não seria possivel o poder pelo gôsto do mando, em troca da alienação do verdadeiro poder, que é a *realização*.

Na Austria, o movimento constitucional operou-se em funcção de dois partidos dominantes, — um, centralizador, o socialista, e outro, federalista, de camponêses, o christão social. Depois, a crise financeira mostrou que a centralização era indispensavel á restauração das finanças austriacas; resultado: conversão de parte dos christãos sociaes ao centralismo. Escandalos financeiros vieram accentuar os perigos do federalismo. A Austria, com os seus dois partidos, caracteriza o dualismo *real*

dos nossos dias: socialistas, reaccionarios. Ha quem lamente isto. Seria querer a pluralidade de partidos coalizantes, a falta de governo, os vicios dos outros Estados. O dualismo traz a ameaça de guerra civil, diz-se. Talvez não. 1929 mostrou que não. Demais, — para que conservar a illusão da possibilidade de se continuar a vida politica de antes da guerra e dos outros Estados? Outros partidos que surgissem teriam de ligar-se a um dos dois (os poucos deputados pangermanistas ligam-se aos christãos sociaes). Reaccionarios, socialistas, tal a divisão real, binaria, do nosso tempo.

Na Alemanha, deante da multiplicidade de partidos, procurou-se solução nova: o Estado pluripartidario.

O partido politico deixou de ser estructura livre, assente na liberdade incondicionada. O Tribunal de Justiça Constitucional (7 de julho de 1928) apontou quaes os requisitos que se lhe exigem: possibilidade provada de eleger, vale dizer — probabilidade alta; estabilidade e permanencia (grupos soltos, que hajam vencido, não bastam) caracterizadas em programmas, organização ampla, orgãos de publicidade. "Solidez" e "sufficiente continuidade". Na *Introducção á Sociologia Geral*, p. 253, já incluiamos os partidos politicos entre os circulos interiores, "permanentes ou não", já os distinguindo dos "circulos transitorios", deliberados ou accidentaes, como os grupos de caça, de pesca, de plantação, de passeio, e os exercitos occasionaes; porém o phenomeno que se observa na Alemanha de hoje é á passagem a circulotypo (como os grupos de centro mystico ou totemicos, as classes matrimoniaes, as collectividades-membros dos Estados federaes). A nova solução alemã suppõe solidas organizações de partidos. Antes, vencida, a minoria tinha que curvar-se ao resultado da eleição: democracia da grande fatia. Hoje, para se evitar a victoria numerica

total, consequente ao apriorismo do suffragio logico-mathematico, procura-se mostrar que é falso o dogma da *identidade* das vontades dos eleitores (maioria = totalidade). O systema de lista desindividualiza, ao mesmo tempo, o voto e o escolhido; mas desindividualiza sem matar o individuo, sem elidir o votante. Por outro lado, a escolha sóbe em valor *qualitativo*: já não é uma cedula a favor de A, e sim a favor de tal directiva. O eleitor orgão, em vez de instrumento. Plebiscito, e não só eleição. A' Assembléa tirar de todas as cores que se moeram a côr resultante, a *unidade* da vontade politica, em vez das "justaposições" a que levou o parlamentarismo liberal. Quem diz somma ou unidade afasta a heterogeneidade; ao passo que a formação dos governos, no passado e no presente parlamentarista, é de representantes de grupos heterogeneos (coalições transitorias). Se vamos aos Estados presidencialistas, o phenomeno é quasi o mesmo, *apenas* sem as mutações de governo. As mesmas consequencias nuns e noutros Estados: peias de compromisso (impossibilidade de governar, de tomar *rumos* sociaes); distribuição dos cargos publicos em troca dos apoios.

O ponto fraco do pluralismo alemão está em que, formando o Parlamento, se um dos partidos não póde, sozinho, governar, repete-se o phenomeno do parlamentarismo liberal, a despeito da composição qualitativa, que apenas o attenúa. Onde a possibilidade de plano uniforme, preciso, prevalecente e duradouro? Grande parte da opinião alemã é decisivamente contraria á combinação, tentada desde 1919, entre o parlamentarismo pluralista e a moderna concepção do Estado intervencionista, tendente á *univocidade*. A critica ao compromisso não tende a preferir aquelle a esta, mas, exactamente, em censurar áquelle os obstaculos ao governo univoco. Aqui, um dos grandes pontos da technica con-

stitucional, *de lege ferenda*: encontrar a formula que permitta, com a pluralidade de partidos, a univocidade. Em quanto não se encontrar tal formula, todos os Estados hodiernos viverão deante de tres possibilidades tragicas: a guerra civil, a implantação violenta do Estado unipartidario (Russia, Italia), as ditaduras incolores e protelatorias[1].

Uma Constituição que não assegure um governo capaz de governar e que não obrigue os dirigentes a executar o que os levou ao poder, falha a um dos seus fins, quiçá o principal. Os governos fracos são inefficientes;

---

1. Alguns Estados vacillaram e recuaram ás *ditaduras da direita*, mais ou menos dissimuladas. Foi a *indecisão* que fez taes regimes ditatoriaes. Estagnou-se o poder, porque as aguas não podiam correr: os homens não estavam scientes do destino que queriam. Para julgar taes regimes passageiros devemos ver-lhes os fócos de localização e as causas. A localização do fóco ditatorial não é sempre a mesma.—Nas ditaduras contemporaneas, ou está no Chefe de Estado (Alexandre de Servia, Kemal, Uriburu, Vargas), ou no Chefe do governo (Mussolini, Primo de Rivera, Valdemaras), ou extragovernamental e extraestatal (Pilsudski), ou no partido (Estado soviético). A Italia e a Russia criam os seus novos systemas de direito publico, tornando-se Estados definitivos. E' o cessar da hesitação. — Muito se tém dito sobre as causas das ditaduras. Se dizemos que são devidas á crise dos Parlamentos, deixamos de apanhar os casos em que outra é a razão de ser. A unica inducção sufficiente é a de que as soluções ditatoriaes são *crises do Poder executivo;* ou porque os Parlamentos lhe impedissem a acção; ou porque circumstancias geraes, populares ou materiaes, suggerissem a intervenção estatal (evitemos a expressão «soberana», opposta a «commissaria», empregada por C. SCHMITT, *Die Diktatur*, Berlin, 1928, p. 130 s.); ou porque fosse preciso a ordem occasional, afim de suspender os desregramentos devidos a desequilibrio social, provocado pela insatisfação publica. No fundo, ellas nasceram da hesitação. As ditaduras em si não nos interessam neste livro; são formas da vacillação, excepto a russa, porque já levava no cerebro dos ditadores a Constituição nova. O que nos interessa é o *direito constitucional*, com que a ditadura ou se *transforma* ou *acaba*.

mas ha governos fortes "sem sentido". O problema é, pois, duplo: como constituir governo capaz de governar e como exigir que elle tenha sentido. Nos Estados unipartidarios, a solução é preestabelecida; não ha o problema, — a superestructura espiritual impõe o "sentido", ainda para o effeito de serem suspensos ou abrogados os actos das autoridades das republicas-membros da União soviética, quando contrarios ao "fim revolucionario". Na Italia, o fascismo representa a mesma superestructura espiritual. Nos Estados pluripartidarios, o problema technico assoberba-se de difficuldades. A Alemanha não o resolveu.

Quando se submete a politica á economia (plutocracia), ou se dá solução demasiadamente economica ao problema social (sovietismo), ou se submete a economia á politica (socialismo de Estado), adopta-se solução que sómente póde ser *transitoria*. Nella é evidente a absorpção de um processo por outro.

Quando se adopta a preponderancia de uma *classe*, com feitio *universal* (sovietismo, ditadura do proletariado), ou se procuram coordenar as *classes*, com fito *nacional* (fascismo), é *transitoria* a solução. A' classe preponderante poderá destruir a outra; mas outra divisão, dentro da preponderante, se dará, e de nenhum modo se prescindirá, antes de tempo, das raias nacionaes. As raias nacionaes existem, pela distribuição internacional das competencias, e existirão quando se unificar a civilização, embora, já então, como fixadoras de collectividades interiores.

Sem univocidade, gasta-se a quasi totalidade do esforço governativo. Portanto, o Estado tém de tornar-se unipartidario, ou prefixar, constitucionalmente, *o seu sentido*, e só dentro deste sentido permittirá discrepancias parciaes. O liberalismo não é um sentido; porque é abstenção. Quem diz abstenção diz desgoverno. No

fundo, o Estado liberal é Estado parcialmente *anarchico*.

A Côrte Suprema dos E. U. da America do Norte, o *Gran Consiglio* italiano e os poderes centraes soviéticos, como o Conselho dos Dez da Republica veneta, servem á fixação de fins, permittem certa *univocidade*. Mas, na America, a composição do Estado demoliberal reduzia taes fins a principios negativos, a regras de não-intervenção, de verificação da constitucionalidade dos actos legislativos e executivos no plano dos direitos *individuaes*. De modo que o Estado integral sómente poderá ser *univoco* mediante technica original, que scientificamente supere a technica italiana e a russa. A americana, individualista, foi util durante a mocidade de um povo rico, antes do advento da questão social, da formação do exercito industrial dos sem-trabalho. Não entra mais nas cogitações da nova technica constitucional, que é a do Estado univoco.

O systema da liberdade absoluta de voto fracassou. Os inconvenientes pódem ser corrigidos pelo principio da não-dispersão: o voto *entre* os partidos em luta, e não o voto pelo puro arbitrio do eleitor, que sacrifica a representação das minorias. O conceito *juridico-politico*, integrativo, do voto, em vez do conceito aprioristico, *logico-mathematico*, essencialmente individualista e dispersivo. O partido deve ter por fito a *organização social* segundo a sua concepção, e não o mando, isto é, o poder como meio, e tão só como meio. O voto, não como escolha de homens, e sim como adhesão ou conformidade do eleitor a uma das tendencias do espirito social para a resolução dos problemas. Portanto, voto qualitativo, em vez do voto quantitativo. Conceito politico-juridico do voto, e não logico-mathematico.

A democracia plebiscitaria dá *unidade*, unidade provisoria, que não assegura a unidade *no tempo*: a

solução é una, tém sentido, porque *escolhe*, unidetermina; mas póde variar no tempo, mudar, ao proceder-se a novo plebiscito. O problema do plano unico não póde ficar sómente ao plebiscito. Só serviria a solução *duradoura*, theoricamente definitiva, e para esta são imprestaveis o plebiscito e, com maioria de razão, a democracia parlamentar. Não é menos imprestavel o presidencialismo, ainda quando se lhe dê periodo longo, ou a perpetuidade do primeiro dirigente. As duas unicas soluções são as de *adopção* e *asseguração* de *ideal politico*, ou pela inserção na Constituição (legalidade ideologica), ou pela formação de *partido unico* (governo effectivo, extralegal): a Russia fundiu os dois, e a Italia, partindo de um, procura, aos poucos, chegar-se ao outro, com a classe das *leis constitucionaes* e as funcções do Conselho e do partido. Os Estados, que pretenderem viver constitucionalmente, em regime de liberdade e de actuação pluripartidaria, só têm o outro caminho.

Do que acima dissemos facil é extrair: o Estado que não quer seguir a lição russa ou, de perto, a lição fascista, entregando a *um só partido* a direcção nacional, vê-se deante de problema que, ferido pela Constituição alemã, não foi por ella resolvido. Os textos constitucionaes devem ser de tal maneira concebidos que as leis só sejam possiveis, os actos só permittidos e a propria justiça só se exerça, respeitadas as directivas constitucionaes em todos os processos sociaes e estas directivas obedeçam a plano scientificamente preestabelecido. Insoluvel o problema? De modo nenhum. A solução, como toda obra de technica, é susceptivel de aperfeiçoamento. A que nos suggere o nosso tempo conta com o inestimavel material das criticas, de quasi dois decennios, ás tres fórmulas européas.

CAPITULO III

O ESTADO E A REESTRUCTURAÇÃO SOCIAL

Sempre que as formas envelhecem, e que a *ordem*, seja religiosa, moral, juridica, ou economica, se evidencia retrograda, emperrada, inefficiente, impõe-se nova estructuração social. As revoluções pódem não ter este fito consciente: serem impulsivas, destructivas, puramente libertarias; mas só a *construcção* as póde aproveitar e fazer parar, *sob nova ordem*, evitando a anarchia, cada uma dellas. A grande desgraça é a revolução, a que falta, ao final, o descobrimento da nova estructura, a solução, *o novo direito*, ou a nova ethica.

Por vezes, a causa da revolução está na propria estructura defeituosa do Estado, ou na formação de entidades nocivas a elle. Se o Estado permitte que se desenvolvam instituições ou forças contrarias a elle, começa a sua crise. Ou as destróe, ou as assimila. Foi o que occorreu e o que ainda occorre com o syndicalismo; em geral, com o movimento proletario: se as forças economicas ficarem fóra do Estado, contra o Estado, começará a tentativa da destruição deste por aquellas e daquellas por este.

1. *As Concepções de Estructuração social*

A democracia classica, considerando o povo como aggregado de individuos singulares, na antithese typica "Individuo-Estado", constitúe o micro-individualismo. O estado soviético suppõe o macro-individualismo: a massa, o todo, como expressão do Individuo. No fundo, o Estado demoliberal, attento aos interesses individuaes, vê, tão só, os individuos; o Estado soviético, o Individuo. O liberalismo conviveu, um tanto artificialmente, com a democracia; e os resultados mostraram que proteger a individuos de per si, pluralisticamente, não protege o Individuo. O Estado soviético não poderia ser liberalista: monoidéico, a sua affirmação suppõe a marcha univoca, que não se conciliaria com a democracia classica, nem com a doutrina liberal, responsaveis pelo Estado sem finalidade. Igualdade juridica, como fim do Estado, é negação da efficacia pratica do Estado; porque a igualdade juridica, sem igualdade economica e effectiva igualdade politica (directa), constitúe *forma* sem *substancia*.

Examinemos os principaes principios dos Estados:

I. No Estado a cuja formação preside o principio individualistico, o substancial são a liberdade individual, a personalidade dos individuos, os direitos dos individuos. Os grupos sociaes, inclusive o Estado, nunca se libertam do pluralismo atomistico da sua composição. O Estado é Estado de direito, mas de *direito* dos *individuos*, porque os individuos constituem a unica *realidade*: mediante a inter-acção dos individuos é que se concebe, como conjunto, o grupo. Onde quer que se proteja um interesse, em ultima analyse o que se protege é o individuo, e só o individuo. O Estado democra-

tico-liberal realizou tal concepção: os resultados foram em contradicção com o que os formuladores esperavam; o individuo, entregue a si mesmo e só defendido por si mesmo, foi offendido e negado, *concretamente*, pelo individuo, quando mais puras, *abstractamente*, as affirmações individualisticas.

Em vez da Economia-social, parte da Sociologia, o individualismo perseverou na Economica, theoria de entidades. No fundo, concepção asociologica das sociedades humanas, a "doutrina estatico-mecanica da troca" em vez de uma "doutrina dynamico-organica[1] da producção".

Se só o individuo *é*, se elle é a unica realidade, politica, ethica, e economicamente, nada mais são as sociedades do que combinações de individuos, figuras quantitativas. O individuo *é* e basta-se; as sociedades differem como resultados combinatorios das qualidades dos elementos individuaes. Portanto, a Politica, que attende aos individuos, por si só se impõe: liberalismo e democracia numerica constituem soluções exaustivas.

A confusão é evidente. Na ordem moral, na vida e na explicação do heróe, Heracles bastaria[2]; na ordem politico-economica, de modo nenhum.

A totalidade atomica guarda em si contradicção profunda. Se o individuo é que constitúe a realidade irreductivel, ou são iguaes os individuos (igualitarismo

1. WERNER SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, München, 1928, vol. II, p. 920.

2. Na ordem moral, confira-se o pensamento inserto no livro *A Sabedoria dos Instinctos*, 1921, p. 23, 2ª ed., 1924, p. 8; para a ordem politica, onde a materialidade é maior (espiritualidade decrescente: religião, moral, arte, sciencia, direito, politica, cp. *Introducção á Sociologia Geral*, pag. 235), veja-se a critica de OTHMAR SPANN, *Der wahre Staat*, Leipzig, 1921, p. 15 s.

abstracto, que a observação desmente) ou são desiguaes, e então a democracia numerica não se justifica. Donde o dilemma: ou o individualismo se converte em puro atomismo, que mata o individuo, porque o reduz a ser fungivel (a democracia numerica suppõe a fungibilidade dos individuos: "sabio = estupido", "bom=máu", "conhecedor das questões politico-sociaes = ignorante", pois que o voto é o mesmo); ou se expande na religionização do "culto do heróe": santo, heróe moral, genio. Quer dizer — ou leva o individualismo para a zona dos processos sociaes onde domina o espiritual (crescentemente: sciencia, arte, moral, religião), ou o deslocamento para a extrema materialidade, onde já se deixou atrás a realidade social (direito, politica, economia) e se pretende, em Sociologia (que suppõe *vida*), a concepção estatico-mecanicista do mundo inorganico.

O individualismo puro seria irrealizavel. Só o anarchismo o concretizaria: STIRNER, KRAPOTKINE. Ora, toda anarchia é provisoria: o individuo mais forte domina, pela affirmação da sua força (religiosa, moral, intellectual, biologica), ou domina o sem escrupulo moral (machiavelismo).

A realização do individualismo tém obedecido á politica da não-intervenção do Estado, permittindo o livre capitalismo, e da solução numerica (democracia igualitaria).

II. No Estado, em que o principio fundamental é o universalistico, o todo é que vale, o individuo nada é, — *faz parte*. O grupo é a unidade; o individuo, fracção. O Estado realiza os seus fins sem que se possa oppôr a elles a *infima* consistencia psychologica do individuo. Sociologicamente, o Estado é que *é*. A concepção, em que assenta o universalismo, sustenta que a somma dos individuos não explica a funcção dos grupos sociaes.

A interdependencia dos factos sociaes evidencia fundo commum que excede e desborda as clausuras individuaes. A unidade organica dos grupos existe como a dos individuos: tocam-se Sociologia e Biologia. O individuo é funcção de forças sociaes: o que a sociedade "deposita" nelle basta para o definir; e elles differem segundo differem os "depositos". Aqui, o universalismo se quadriparte: *a*) mecanista, com TAINE, GUMPLOWICZ, MARX (até certo ponto); *b*) organicista, com THÜNEN, LIST, DUPRAT, SPANN; *c*) organicista-cinetico, SPANN[1]; *d*) organico, espacio-temporal[2].

As soluções *c* e *d* não dizem "a sociedade é tudo, o individuo, nada". Reconhecem o individuo e a sociedade; não cancellam a autonomia individual[3]. A solução

---

1. OTHMAR SPANN, *Der wahre Staat*, Leipzig, 1921, p. 33: «...das Ganze nie ein Fertiges ist, sondern immer im Fluss befindlich, etwas, was sich im Ablauf (Prozess) erst selbst schafft und aufbaut, das durch und durch im Werdendes ist...».

2. PONTES DE MIRANDA, *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 14 s.; — *Introducção á Sociologia Geral*, 1926, ps. 102, 103: «As sociedades obrigam os factos sociaes a variar segundo verdadeiros potenciaes dos seus campos... Não ha tempo social dotado de propriedades metricas independentes dos corpos que nelle se acham. Não ha o continente — espaço, tempo — que possa existir sem conteúdo, que é a energia (matéria e radiação, na Physica; relações materiaes e psychicas, na Sociologia); existe, sim, o indecomponivel, o indissoluvelmente ligado: espaço, tempo, energia. Onde chega uma relação humana, aí começam o tempo social e o espaço social, como surge o campo de gravitação onde quer que o tensor material seja differente de zero, isto é, onde quer que appareça energia».

3. Nos theoricos alemães de hoje, surge o Estado «superindividual», em cuja concepção se fundem reminiscencias absolutistas e democratismo: supraindividual é conceito que não se precisa sufficientemente, nem se define; o conteúdo póde ser assaz differente do que se espera.

c mostra os individuos e, acima delles, penetrando-os, as unidades organicas totaes, que são as sociedades.

A solução *d* mostra os individuos e, *abaixo, dentro* e *acima delles*, a sociedade, os circulos sociaes, formados de espaço-tempo-energia social, inscindiveis: religião, arte, sciencia, direito, politica, economia, são processos sociaes, em que a espiritualidade é decrescente, vale dizer crescente a instabilidade, a capacidade de variação. Os individuos, seres biologicos, recebem do ambiente social variaveis coefficientes de cada processo, o que os distingue socio-psychologicamente. Desde que augmente nos individuos o deposito social de um dos processos, a força social de tal processo augmentará. Assim se explica a acção do individuo na sociedade e a da sociedade no individuo, — a dupla causalidade socio-individual e individuo-social, em vez do unilateralismo da causação só individual do individualismo e só social do universalismo. Individuo *e* Sociedade (ou Estado), autonomia *e* dependencia; mas sem os principios aprioricos da igualdade absoluta (formal), do individuo sem fins differentes ou preponderantes (o *fim* do pesquisador, ou do moralista, não é o *fim* do transportador de viveres, se bem que tenham de incluir-se no *fim geral* do Estado integral), e da solução politica *valida* e *definitiva* para todos os tempos e lugares. Taes principios aprioricos são desmentidos pela necessidade de chefes, da especialização, pela affirmação da dependencia do ser social quanto ao complexo "energia-espaço-tempo" social (cada Estado deve saber quaes as suas forças, as suas condições espaciaes e de tempo social, para *escolher* as soluções estructuraes e de actividade politica).

III. A tentativa do Seculo XIX foi o Estado democratico-liberal, individualista; quis-se, depois, o Estado

organico-individualista, com a democracia individualista e o universalismo, fundamentalmente antinomicos. Desde 1819 começou a critica ao liberalismo inglês. — ADAM MÜLLER contra ADAM SMITH, — opposição que culmina em FRIEDRICH LIST e OTHMAR SPANN. Verdade é, porém, que o individualismo continuou em certos espiritos e na pratica, com a velha concepção da totalidade atomistica. A conciliação tentada tinha de levar a contradicções flagrantes.

IV. No Estado corporativo, individuo, syndicatos (corporação) e Estado co-existem: ao direito coordenar-lhes os interesses. E' a solução italiana: Estado representativo, todavia não-parlamentar — constitucional-monarchico-corporativo.

A criação de *relações juridicas* que liguem as collectividades ao Estado e a attribuição de *personalidade de direito publico* a taes entidades caracteriza o Estado corporativo, com o qual a Italia pretende solver a crise dos nossos dias.

V. No Estado integralista, devem-se reconhecer o individuo, os grupos de qualquer especie (religiosos, economicos, educacionaes ou ethicos, scientificos, artisticos, politicos, juridicos), e o Estado: ao direito coordenar todos elles, integrando-os nos fins do Estado. Emfim, o individuo na sua expressão *analytica* e *synthetica*: elle como individuo (democracia), elle como componente dos grupos que figuram por si (aggregados operarios e patronaes, religiões, correntes moraes, instituições scientificas militantes na pesquisa ou no ensino, artisticas, politicas, como os partidos, juridicas, como as sociedades technicas). Não se cancella o individuo: elle é, por si, e multiplica-se pelo papel que exerce. Não se dilúe o Estado: fixam-se-lhe os fins, e assegura-se-

lhes a realização por meios technicos de perseverança nos ideaes typicos.

O Estado integral sómente póde ser alcançado baseando-se na concepção sociologica a que acima nos reportámos (n. II, *d*). Elle tém de escolher, conhecidos os dados de *espaço, tempo* e *composição social,* as soluções estructuraes e de actividade *mais apropriadas*.

2. *As forças economicas*

São inconfundiveis os dois problemas — o da estructuração *politica* (Estado, provincias, municipios), que implica escolha de um dentre os possiveis typos federaes ou unitarios, coincidindo, ou não, com outras infraestructuraes (religiosa, economica, moral), e o da estructuração *politico-social* (Estado-Individuo, Estado-Corporações-Individuos, Estado universalista). Aqui, o que nos interessa é o ultimo problema. A crise do Estado contemporaneo reclama o estudo de tal problema, que é o das relações do Estado para com as infraestructuras.

O que vemos nos nossos dias, ainda nos povos em que não parece ter surgido a questão social, é a attitude dos syndicatos, dos proletarios, *hostil* ao Estado, *negativa* do Estado, *destructiva* do Estado, — as corporações, os grupos, exsurgindo dos factos, da vida, como *instituições* heterogeneas em relação ao Estado, incompativeis com elle. A Italia con-*stitucionaliza* o movimento, estataliza-o: por este modo, de institucional, que era, se faz elle constitucional. A Russia, mais radical, faz o Estado descer ao fundo da vida e vir de baixo, a descrever a mesma ascensão constitucional-institucional, que o liberalismo deixaria processar-se separadamente (institucional, constitucional) e que o fascismo a tempo *soldou*, tornando organica, *constitucional,* estatal, a

exuberancia negativa, destructiva, incompossivel, institucional, do syndicato.

Pôsto em taes termos e deante das respostas concretas que já foram dadas, o problema sensivelmente se simplifica. Ou se procede á symetrização das classes, tornando todas *proletarias*, e o meio logico para isto é a ditadura do proletariado, ou se coordenam classes, substituindo-se á *luta* e consequente extincção de uma a pacificação, a união, a harmonia. Todas as revoluções suppõem a criação de *novo direito*, de novas estructuras juridicas. O direito soviético e o direito fascista são exemplos. Só exemplos. Escusado é dizer que cada povo precisa do seu, attendidas as circumstancias de lugar e de tempo: a França, o novo direito francês, a Alemanha, o novo direito alemão, o Brasil, o *seu novo direito*. Tardar em descobri-lo é expôr-se á adopção aprioristica de uma das tres soluções existentes: a forma russa, a transição alemã, a forma italiana. O problema social é complexo; mas tal complexidade têm de se crystalizar em novas estructuras, que serão, necessariamente, juridicas. Donde ter de ser, necessariamente, o "problema de um *novo Direito*".

Se o problema social continuasse deixado á mecanica dos factos, sem a politica *consciente*, o Estado teria de se tornar o adversario do movimento social: então, ou o dominaria, provisoriamente; ou seria por elle destruido. A destruição poderia ser total, voltando-se a organizações sem coordenação superior (pluralismo estructural regressivo), ou parcial, com a subordinação do Estado á organização syndical. A Russia e a Italia salvaram o Estado, cada uma mediante tacticas e technicas originaes. Deram soluções.

Duas attitudes coordenadoras têm assumido os Estados quanto ao problema das relações entre o Estado e as forças economicas: fazê-las objecto de legislação

especial, para que a disciplina juridica *ordinaria* baste, e as *instituições* (syndicatos, corporações) se tornem juridicas (associações civis), submissas ao Estado e ao seu direito unilateralmente (= democraticamente) criado, attitude com a qual se tenta salvar a democracia classica, sacrificando-se o liberalismo; ou trazê-las ao seio do Estado, de modo que se tornem communs os interesses e os perigos do Estado e do corporativismo, — attitude que não salva o *liberalismo*, nem a *democracia classica*, recompõe a theoria do Estado, constitucionaliza as instituições, de maneira que, submetendo-se ao direito, o syndicalismo se submete ao seu direito, ao direito que é tão seu quanto do Estado.

A caracteristica do systema fascista é a *corporação integral*, uma estatalização em grande estylo, que excedeu, em tudo e principalmente por seu feitio unitario, á doutrina catholica das corporações. Esta influiu mais na Austria-Hungria e na Rumenia. São os syndicatos mixtos. Syndicalismo paritetico, como se pretende chamar na linguagem corporativista, a que se criticam collusões de classe, soluções em prejuizo da collectividade, do consumo geral. A Italia eliminou o *antagonismo* entre syndicato e Estado; a Russia eliminou a *razão de ser*.

A tentativa — por parte de quasi todos os Estados — de submeter as novas formas economicas, os grupos proletarios, ao direito do Estado não-reestructurado, *do Estado antigo que persiste*, necessariamente é vã. Esforço inutil. Todos os pequenos resultados serão provisorios e inconsistentes. O proposito de subjugar a materia nova á velha forma, de prender a nova vida em *normas* estranhas a ella, extraidas por entidade distincta, aggrava o dualismo entre sociedade e Estado, entre classes trabalhadoras e organização estatal. Todo programma de solução do problema social mediante

leis ordinarias, leis de direito privado, nenhuma probabilidade póde ter de exito. Só no terreno do direito publico, do *direito constitucional*, é que poderá plantear-se. Só assim será possivel direito que seja ao mesmo tempo do Estado e das forças economicas. Qualquer outro ensaio representaria o intento de submeter as forças economicas a disciplina juridica prepotente, heterogenea, despotica, *heteronomica*. Seria a contraposição, o antagonismo; em duas palavras: a *luta*. Volver-se-ia ao ponto de partida.

A *constitucionalização* da estructuração economica submete Estado e forças economicas a direito seu: primeiro, porque estas passaram a ser orgãos do Estado, passaram a ser estataes; segundo, porque ao Estado politico (elle se tornou politico-economico) só se dará a actuação no sentido do interesse geral, *controlativa;* terceiro, porque se *judicializa*, até certo ponto, a luta, pela instituição da magistratura do trabalho: o ordenamento juridico dará o *processo*, que se substitúa á defesa pelas proprias mãos, e ter-se-á a juridicidade da coordenação das classes, criada por um direito, que é tambem *dellas*. Autosubmissão, em vez de submissão. Noutros termos, a marcha *pacifica* para a symetrização, para a solidariedade social, em vez das soluções catastrophicas, uma illusoria, que é a de *reprimir* o violento surto reivindicativo dos proletarios, e outra, extremamente violenta, que é a da ditadura do proletariado.

Em conclusão:

A *soldagem* das forças economicas ao Estado não constitúe artificialismo? Só *a posteriori* se póde responder. Depende da realidade social, das condições do povo a resposta. Uma coisa, porém, é certa: a *ligação* é indispensavel. E' preciso integrar o Estado. Surge o Estado

politico-juridico-economico, o Estado a tres sectores pelo menos. Dir-se-á que os interesses que se chocam na luta das classes são particulares, mereceriam, quando muito, intervenção de *direito privado*. Aí o grande erro. Artificial era o Estado aneconomico, o Estado abstinente; no fundo dos interesses do operario, do lavrador, e dos donos de fabricas e de terras, está o interesse geral, *nacional*, politico, especificamente estatal, que é o da producção e do consumo (bem estar dos habitantes, progresso social, defesa economica e politica internacional).

O Estado deve resolver o problema das relações entre o capital e o trabalho, no *interesse geral* e no sentido de pacifica collaboração dos grupos sociaes. As classes, em vez de se inimizarem e a proletaria adoptar a resolução de extinguir as outras, comprehendem que a proletaria tém direito a maior dignidade social do que se lhe concede e que as outras precisam trabalhar para o bem geral. Em vez da solução symetrizadora violenta, a symetrização *consentida* e assegurada pelo Estado. Aqui, o grande papel *organizador* do Direito.

As estructuras interiores do Estado pódem ser tratadas como *inseparaveis* (parte individuadas de todo organico) ou como separadas *antitheticas* (os aggregados syndicatos na luta contra o Estado) ou separadas-inseparaveis (partes organicas e ao mesmo tempo *personificadas*). O que o Estado demoliberal conseguiu estabelecer entre os individuos e os Estados e o Estado fascista entre os grupos economicos e o Estado, precisa ser realizado entre todos os grupos sociaes e os Estados. Quem diz *social* diz comprehensivo de todos os processos de adaptação social. A vida nacional deve ser o complexo de todas as relações entre o Estado, as entidades collectivas (economicas, intellectuaes, politicas, religiosas, etc.), e os individuos; para que se possam fazer a in-

tegração social, a coordenação de todas as estructuras, e a *univocidade*, sem cancellamento das autarchias. No *interesse geral*, o Estado póde sempre intervir e no *que quer que seja*.

O individuo com elemento real unico da sociedade, o *numero* e não o *valor*, portanto o suffragio universal, — é o que prégа e pratica o Estado individualistico. A isto responde, contrapondo-se, o Estado universalistico: a sociedade é que constitúe a realidade, o individuo é elemento indifferenciado, a realidade viva está no espirito supraindividual. A primeira concepção leva a constituição social arithmetica; a segunda, a constituição social organica, biologiforme. A' base da primeira estão direitos individuaes como *prius*: á base da segunda, missões da sociedade: o Estado fixa os direitos e deveres sociaes.

Todas as outras concepções até hoje surgidas são intermedias, — algumas, quasi todas, theoricas, outras, em pequeno numero, elaborações da vida. Uma das ultimas, a italiana, propõe-se a levar em conta individuos, grupos e Estado.

A democracia classica adopta a concepção individualistica, — unica que a póde traduzir na sua difficuldade de *decidir*, pelo meio obvio, que é a *maioria*. O socialismo catastrophico quer a preponderancia da massa desapossada, da classe proletaria: ainda é individualismo, se bem que contraposto ao liberal.

A democracia favorece a representação das massas occasionaes, as coalições. E' preciso favorecer as correntes organizadas, vivas, que saibam o que querem. Os partidos sem caracteristica são elementos organizados para acôrdos, para maiorias artificiaes. Os aggregados ideologicamente conscientes e organizados servem á formação da vontade do Estado. Daí a vantagem do

Estado integralista na constituição, tendente á *univocidade*.

A formação scientifica é no sentido de se *contar* o *individuo* e de se *pesar* o seu *trabalho*, a sua funcção social.

3. *As forças religiosas*

O Estado contemporaneo não tém só de se reestructurar para apanhar as forças economicas, — tém de reestructurar-se para captar ou, pelo menos, encadeiar as forças religiosas. Não insistiremos na materia da integralização, já antes estudada; considerâmo-la vencida e passamos á nova questão, que é a das infraestructuras estataes. Tres attitudes principaes póde assumir o Estado deante da Religião, além das velhas formas do Estado confessional e do Estado religioso: a liberal, em que o Estado se desinteressa, ao mesmo tempo que assegura a liberdade religiosa (de consciencia, de crença e de cultos); a de hostilidade ou, pelo menos, de intervenção energica no sector religioso, quer quanto á associação, quer quanto á actividade, quer quanto aos bens das associações religiosas; a de reconhecimento, não só da personalidade juridica, como tambem do caracter de direito publico das corporações.

Na Constituição alemã, concede-se a todas as confissões religiosas, inclusive as simples uniões para certa concepção do universo, o caracter de corporação de direito publico (art. 137, alineas 5, 7). A associação de corporações adquire o mesmo caracter. Taes corporações exercem *poder publico*: legislativo, disciplinar, financeiro. As relações juridicas entre a corporação religiosa e o individuo ou membro são *iuris publici*, e não de ordem civil; escapam, portanto, á jurisdicção ordi-

naria[1]. Generalizou-se a situação de que anteriormente gozava a religião christã. Em vez do Estado paritario-christão, fez-se o paritario ante todas as religiões e grupos philosophicos, o Estado *neutral*, porém não indifferente. O principio é o da separação da Igreja e do Estado, no sentido do córte de vinculo ou monopolio; e não no de desinteressar-se o Estado do processo social das religiões e das philosophias. O Estado chama a si o sector religioso, permittindo autoridade estatal ás corporações religiosas ou philosophicas.

A associação primeiro é de direito privado e como tal adquire a capacidade juridica; depois, satisfeitos certos requisitos, se torna de *direito publico*. A Constituição não desceu á particularização dos requisitos; deixou ao direito dos paises o *conceito politico*.

Tambem quanto aos direitos resultantes do caracter de direito publico, aos paises ficou a competencia fixadora. O minimo é dado pelo art. 137: o direito de impôr contribuições (alinea 6); autonomia administrativa (alinea 3); neutralidade religiosa do Estado (alineas 5, 7). O Estado reconhece legislação, administração e jurisdicção ás corporações de direito publico, salvo em assumptos profanos ou tidos por elle como taes (v. g., jurisdicção matrimonial). O Estado é que fixa o que é assumpto estatal; fóra disto, a religião póde exercer-se. As subvenções do Estado a corporações religiosas e philosophicas não o autorizam a vigiancia especial, salvo no tocante á applicação. O Estado fixa os *presupposstos* para os direitos publicos de corporação e o *conteúdo* delles. Deve ser ouvido no estabelecimento, modificação e supressão de communidades ecclesiasticas, qualquer que seja o gráu. Na legislação das corporações ca-

1. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 13. Aufl., Berlin, 1930, p. 556.

be ao Estado verificar se obedece ás leis estataes (pedido de exhibição do texto e declaração de *inefficacia* da lei no territorio do país, cp. Lei de Wurtemberga, de 3 de março de 1924, § 3). Para os effeitos *exteriores, civis* e *tributarios*, as leis e actos das corporações precisam de ratificação do Estado.

Na Grecia, a Constituição, art. 1, proclama a inviolabilidade da consciencia, a liberdade de cultos, desde que não sejam contrarios á ordem publica e aos bons costumes; interdiz o proselytismo e declara religião dominante na Grecia a Igreja orthodoxa oriental do Christo.

Na Turquia, a Constituição de 20 de abril de 1924, dizia no art. 2: "A religião do Estado turco é o islamismo". Foi suprimida, em 1928, esta parte, e em consequencia disso modificados os arts. 16, 26, 38.

Na Constituição espanhola, todas as confissões religiosas serão consideradas como associações submetidas a lei especial. O Estado, as regiões, as provincias e os municipios não nas pódem manter, favorecer ou auxiliar economicamente (art. 26, 1ª e 2ª alineas). Dissolveram-se, *ipso iure*, as Ordens religiosas que impunham estatutariamente, além dos tres votos canonicos, outro especial de obediencia a autoridade distincta da legitima do Estado; nacionalizados os seus bens e affectados a fins beneficios e docentes (alinea 4). A lei a que se submetem as demais ordens assenta no seguinte: 1) dissolução das que, por suas actividades, constituiam perigo para a segurança do Estado; 2) inscripção das que devam subsistir, em registo especial dependente do Ministerio da Justiça; 3) prohibição de exercer a industria, o commercio e o ensino; 4) submissão a todas as leis tributarias do país; 5) obrigação de prestar contas, annualmente, ao Estado, da inversão dos seus bens em re-

lação com os fins da Associação. Os bens das Ordens religiosas poderão ser nacionalizados (art. 26) .

As outras constituições limitam-se á materia da liberdade religiosa, notadamente da liberdade de cultos. Nenhum plano de reestructuração do Estado no sentido de alcançar o sector religioso. O exemplo alemão, ainda imperfeito, é unico. Unico, mas eloquente.

Já estamos sufficientemente esclarecidos para extrairmos algumas conclusões:

1. A intervenção do Estado no sector religioso não póde ser a mesma que exerce, ou póde, ou deve exercer no sector economico. A religião é processo adaptativo de extrema espiritualidade, e nelle seria descabida a invasão do poder especificamente politico. Isto não quer dizer que se recommende a attitude do Estado liberal, nem, tão pouco, que se faculte ás religiões e ás concepções philosophicas intromissão noutros processos sociaes, a titulo de exercer a sua autonomia.

2. Algumas corporações religiosas e philosophicas exercem funcções publicas, como os hospitaes, os asylo, as irmandades; outras não. Falta-lhes funcção *estatal*. Taes as Igrejas, communidades primarias, funcções sociaes *especificas*, que vivem indifferentes ao Estado, no seu mistér restricto, caracteristico. Dai ter falado KAHL na sua incommensurabilidade com o Estado. Sim, e não: o Estado e a Religião são incommensuraveis, porque o Estado é *mais* politico-juridico, e a incommensurabilidade seria entre o processo politico, o juridico, e o religioso, por serem especificos. O Estado e a Religião não são incommensuraveis *nos seus fins*, porquanto a tendencia do Estado contemporaneo, que não póde voltar ás fórmas mortas do Estado confessional ou do Estado religioso, é no sentido de *integralizar-se*, fazer-se coextensivo á sociedade, aproveitando as forças

sociaes, quaesquer que sejam. Tal fito de coextensividade (socio-estatal) justifica, por si só, que se tratem igualmente as associações religiosas, aproveitadas em serviços publicos, e as Igrejas.

3. As fórmas de pensamento apparentemente areligiosas, mas preoccupadas com a unidade e precisão da concepção do universo, ainda que monistas, atheistas e materialistas, devem ser tratadas como dentro do sector religioso. Andou bem a Constituição alemã, art. 137, alinea 7, em assimilá-las ás religiões.

4. A concessão do caracter de corporações de direito publico ás associações religiosas e metareligiosas (philosophicas) tém as grandes vantagens da *estatização* e *utilização*, evitando o Estado areligioso.

5. Desde que se conceda ás associações o caracter de corporações de direito publico, resta saber qual o *conceito* para a concessão. Deixar-se-á ao direito dos paises ou provincias, como na Alemanha? Ou ao Poder legislativo geral? Nada justifica, no Brasil e noutros Estados, a pluralidade legislativa em tal materia. Fonte de discussões locaes e nacionaes, sem qualquer proveito integrativo.

6. Declarada, ou sabida, a religião de alguem, póde ser-lhe tomado o juramento respectivo, e respeitados os dias de festa ou descanso. Outrosim, é permittido tempo aos funccionarios do Estado para o cumprimento de deveres religiosos (Constituição alemã, art. 140), e são equiparadas as escolas confessionaes e laicas.

O Estado deve proteger as religiões: *policialmente*, pela garantia da paz publica, da ordem e da segurança, inclusive, preventivamente, quando haja perigos para os individuos, membros ou orgãos de corporações, installações e bens; *juridicamente*, conferindo capacidade juridica, facultando-lhes meios legaes ás associações e corporações religiosas e philosophicas, e estabe-

tecendo a penalidade de certos delictos religiosos; *administrativamente*, na execução de decisões ecclesiasticas. A solução da Alemanha, que é Estado *neutral*, é de evidente valor technico.

4. *As forças moraes e culturaes*

O Estado moderno, na sua actividade, observa principios moraes; para elle, o fim não justifica os meios. A ethica do Estado começa no proprio plano internacional, onde lhe é *dada*, e não *criada* por elle. Esta ethica necessariamente se reflecte nas suas relações internas; mas, ainda onde não interessa á ambiencia internacional a actuação do Estado, tém elle de observar principios moraes.

Não precisamos insistir no encarecimento da acção do Estado no papel educativo (sector moral). Aqui, o que nos cumpre é estudar o problema da reestructuração do Estado no sentido de ligar a si os aggregados sociaes e as associações typicamente ethicas. A personalidade juridica não basta; tão pouco, a simples liberdade de associação, que é a acquisição do liberalismo, de conteúdo insufficientemente revelado, como vimos a proposito das religiões.

Que fazem os Estados contemporaneos? A Alemanha foi assaz minuciosa nos preceitos relativos á instrucção e á educação. A leitura dos arts. 142-150 põe-nos em contacto com programma simultaneamente democratico, liberal e socialista de construcção e de educação. Juntem-se-lhes os arts. 119-122, 130, 132, 133, cujo conteúdo ethico, inclusive no tocante á burocracia, excelle de feições novas. As outras constituições não são precisas.

A Lituania considera a educação das crianças dever supremo dos paes (art. 79). As escolas são fundadas pelo

Estado. O Estado tém vigilancia sobre todas, nos limites da lei (art. 80). A instrucção religiosa nas escolas é obrigatoria, excepto quanto áquellas, criadas para crianças cujos paes não pertençam a nenhuma organização confessional. O ensino religioso deve ministrar-se de acôrdo com as exigencias da organização confessional a que pertence a criança (art. 81). Obrigatorio o ensino primario; nas escolas mantidas pelo Estado ou de administração autonoma, gratuito (art. 82). As escolas confessionaes privadas, se correspondem ao programma minimo fixado pelas leis, recebem do Thesouro do Estado parte das sommas previstas no orçamento para as necessidades da instrucção, em relação com o numero de cidadãos e de alumnos que pertencem officialmente á organização confessional (art. 83). Quanto ás organizações confessionaes, regem os arts. 84 e 88.

A Constituição de Danzica, declara livres a arte, a sciencia e o ensino (art. 101). O Estado apenas os protege e anima. Mais: obrigatorio o ensino e gratuito (art. 103); á base de escola paritaria (interconfessional), permittidas outras, se paes e tutores as quiserem (art. 104); as escolas particulares destinadas a substituir as escolas publicas são submetidas a prévia autorização e ás leis do Estado (art. 105); a instrucção civica é materia dos programmas (art. 108).

Evidentemente insufficiente o papel que se reservam os Estados nos sectores culturaes. Todos são, hoje, Estados culturaes, mas sem sufficiente coordenação com os seus fins de integração. De todos, os dois Estados unipartidarios são os mais preoccupados com o processo ethico. Satisfazem elles? Não. A ethicidade deve preparar a realização dos planos economico-sociaes, artisticos, scientificos, juridicos e religiosos do Estado; nunca pôr-se a serviço delles, secundariamente. O art. 148 da Constituição alemã é, até este momento, o texto consti-

tucional mais feliz: "Em todas as escolas devem desenvolver-se a formação moral, o sentimento civico, a capacidade individual e profissional, conforme o espirito da germanidade (*des deutschen Volktums*) e da reconciliação dos povos".

Em todo o caso, cumpre não fazer da moral o titular impessoal da autoridade do Estado. Nem o direito, nem a moral *cria* o Estado: o Estado é *social;* não é phenomeno *ethico*, nem *juridico*. Por mais essenciaes que sejam ao Estado e ao seu desenvolvimento, taes processos adaptativos e quaesquer outros não o explicam. O Estado preponderantemente juridico é apenas phase na historia do Estado. Igualmente, o Estado frisadamente ethico. Este surge, para se dosar de maior estabilidade a vida social, quando perdido o peso derivado da Religião. As differentes formas sociaes do Estado attendem a exigencias profundas de equilibrio. Tém o Estado de appellar para as forças ethicas e culturaes, além das juridicas, quando deixa de ser confessional ou religioso. Intervindo, como hoje intervém, no sector economico, recebe-lhe o influxo instabilizante, excessivamente plastico, e precisa, em compensação, de captar forças fixadoras, das quaes a sciencia e o direito são as menos ricas. Na arte, na moral, na religião, é que as póde encontrar. A sciencia, por sua livre disponibilidade, não póde fixar sufficientemente; o direito recorre, por sua vez, a outros processos para conseguir sufficiente consistencia e durabilidade: são sempre grandes os elementos moraes e religiosos que se misturam aos seus preceitos. E' erro pensar que a legislação, em si, basta á sustentação das ordens estabelecidas.

Dos ramos do direito é o direito publico o mais sensivel ás mudanças politico-economicas. A *estabilidade* do direito constitucional foi conseguida mediante intro-

missão de puro elemento jurdico e moral (pacto jurado, elemento ethico, portanto estabilizante). Mais sensivel ás mudanças, o direito publico, aos poucos, ou a golpes, transforma os institutos de direito privado, — todos, evidentemente, mais estaveis.

Se o Estado existe e a consciencia politica nacional revela os seus fins, deve elle ter ao seu alcance todos os meios para alcançá-los. A passagem crescente dos direitos privados á categoria de direitos publicos traduz o exercicio, por parte do Estado, dos poderes que lhe cabem na evolução criadora dos seus processos. De certo modo, traz para o terreno da sua organização, do seu afã integrativo, o que até então se deixara ao regramento juridico privado.

Não obstante o valor technico e a importancia equilibradora da introducção do socialismo em constituições contemporaneas, continuou a exacerbação dos movimentos antiestataes por parte dos proletarios. Por outro lado, o capital oppõe resistencias formidaveis. Insufficiencia da solução *politico-juridica*: a solução tém de vir acompanhada de maiores garantias, de factores mais fixativos. Aí, o extraordinario papel da *educação*.

5. *Conclusão*

Technicamente, o Estado deve chamar a si a missão da instrucção e da educação e ajustá-la aos seus fins. As instituições religiosas, moraes, artisticas e scientificas, autonomas, pódem completar a obra integrativa. A attribuição do caracter de direito publico ás instituições de ordem cultural justifica-se tanto, ou mais, que ás religiosas Em taes sectores, a intervenção do Estado póde ser maior, extensiva e intensivamente. O que é preciso é que o processo não rôa o cerne especifico dos outros processos.

A democracia, associando a igualdade formal á representação e á funcção das instituições de ordem religiosa, moral, artistica, scientifica, juridica e economica, sem se desnaturar em Estado "de classes", realiza o Estado tendente á integração e permitte a avançada no sentido do Estado univoco.

Os Estados unipartidarios comprehendem o alcance da intervenção no dominio cultural e procuram dirigir a instrucção, a educação e a pesquisa. A legislação delles tenta a mesmeidade de colorido em toda a vida social.

A exposição que fizemos foi longa, mas justificava-se tratar, por menor, de taes questões. Os legisladores constituintes dos nossos dias não pódem deixar de vêlas. Ellas aí estão e aí ficam, ponteagudas. Mais se accentúam phenomenos que se prendem a correntes universaes, mais se aggravam os elementos que devem ser postos na equação constitucional. Nunca foi tão pertinente o "Decifra-me ou morrerás".

Ha solução? Sim. Os factos mesmos a apontam.

O Estado, que se esboça nos factos de hoje, não é o Estado abstinente (liberal), nem o impositivo (absolutista), mas o Estado *integral*, que, em vez da triplice estructura (*Dreigliederung*) de R. STEINER[1] (Economia, Direito, Vida intellectual), do systema gremial de OTHMAR SPANN, symphonize todas as vozes sociaes, coordene todas as forças, *sem as absorver*, e as incentive, *sem permittir hypertrophias*. O Estado integral summula as formas anteriores do Estado: realiza a liberdade, substancializa a igualdade, effectiva a supremacia dos interesses collectivos totaes.

---

1. R. STEINER, *Die Kernpunkte der sozialen Frage*, Stuttgart, 1920.

PARTE V

Os processos integrativos do Estado

CAPITULO I

O ENCONTRO: SOCIALISMO (E SYNDICALISMO) VERSUS ESTADO DEMO-LIBERAL

Já tratamos da *integração* do Estado, da "extensão" delle aos processos sociaes de cujo trato se abstinha o Estado liberal. Agora, o nosso assumpto é o dos *processos integrativos* do proprio Estado. Tornando-se coextensivo ás Sociedades, faz-se integral o Estado (integração extensiva); tomando os caminhos que o levem ao funccionamento harmonico, perfeito, suscita a integração intensiva.

1. *Os processos integrativos*

Desde 1922, temos estudado e apontado os processos integrativos[1] como fundamentaes na vida dos Esta-

---

1. PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, ps. 146, 218, 238 (integração do circulo humano), vol. II, ps. 97s., 595 («Os circulos sociaes exigem espaços sociaes, um de cujos elementos, — o de descontinuidade geographica, deve, praticamente, diminuir, para que se integrem os circulos e, realizada a integração, se accelere a formação dos mais largos»), 598; — *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, ps. 30-78, 127.

dos; á semelhança do que occorre na vida de todos os outros corpos sociaes *typicos* (o clan, a tribu, a nação de tribus). Posteriormente, R. SMEND considerou a integração como o cerne dos processos estataes, a *Kernsubstanz*, se preferem[1]. Depois, a palavra tornou-se moda, como diz WITTMAYER.

No Estado, é facil mostrar-se a *integração* interna que elle realiza:

1. Pelos *methodos* de integração funccional (eleições, votações, coalições), segundo a terminologia de R. SMEND[2]. Será o objecto deste capitulo.

2. Pela estabilidade especifica do processo juridico, accrescida, quanto á parte nuclear, que é a Constituição, de maior estabilidade, adquirida mediante coefficientes religioso-moraes, como os juramentos, ou technicos (exemplo: verificação da constitucionalidade das proprias leis e actos governamentaes). Será o objecto do Capitulo II e já constituiu materia da Parte II, Capitulos II e III.

3. Pela unicidade do contacto com o direito internacional e consequente *distincção* no conjunto dos Estados (aggregação federativa de Estados). Foi o assumpto do Capitulo I da Parte II.

4. Pelo centro de symetria, que realiza a integração pessoal, *fóra* (no plano internacional) e *dentro* (no plano constitucional). Disto trata o Capitulo II.

5. Pela integração pessoal realizada noutros poderes (Presidentes da Assembléa, da Côrte Suprema).

---

1. RUDOLF SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, em *Festgabe der Berliner Juristischen Facultät für Wilhelm Kahl*, Berlin, 1923, p. 16.

2. RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* München u. Leipzig, 1928, p. 38.

6. Pela integração material, — mediante a *consecução* dos fins collectivos do Estado. E' o dominio *substancial* da Politica.

São elementos technicamente permanentes e estabilizadores:

I. Estataes:

1. A superordenação da Constituição ás leis ordinarias e aos actos dos poderes.

2. A fixação dos orgãos do Estado e todas as demais fixações da morphologia estatal.

3. As garantias dos funccionarios publicos, inclusive a independencia delles quanto aos partidos, e a declaração de que estão a serviço da collectividade[1].

4. A unicidade do Exercito e da Marinha.

5. Os preceitos fundamentaes de direito intertemporal.

II. Sociaes (estataes):

1. Os coefficientes de estabilidade de ordem morphologico-social, biologico-social e psychologica.

2. Os coefficientes de estabilidade dos prcessos sociaes: leis, sciencia, arte, moral, religião.

Todos os referidos elementos concorrem para manter a cohesão do Estado; alguns, imperfeitamente, por não ser integral o Estado (em vez de Estado = Sociedade, Estado < Sociedade). Assim, quando LEISEGANG affirma que a burocracia profissional é a unica substancia moral que mantém a cohesão do Estado, pois que tudo mais que une os homens, especialmente o criterio philosophico e a religião, são *questões privadas*, suppõe o Estado mutilado, *sectoral* e, mais do que isso, erra,

1. Constituição alemã de 1919, art. 130. 1ª alinea.

porque ha outros elementos cohesivos[1]. Erra, como os que pretendem que só as forças armadas, ou só as funcções integradoras exerçam o papel de *cohesão estatal*.

A Sociologia geral mostra-nos o sentido da evolução social, — *integrativa* e *expansiva*. A Sociologia politica, como sciencia, persuade-nos de que o Estado exerce funcções *integrativas* e *expansivas*, subsumiveis naquellas leis da Sociologia Geral, como a Sociologia politica nella se subsume. Aqui se levanta o problema: os factos *têm de ser*, ou nós podemos *influir* nelles?

Crer no poder decisivo, arbitrario, do espirito humano na constituição social é suppôr que os factos sociaes estão á nossa mercê, ao contrario dos factos physicos, chimicos e biologicos. Neste ponto, ha duas attitudes extremas e inexactas: uma, a daquelles que se crêem capazes de dar á sociedade a feição que lhes parece; outra, a dos que têm por irreductiveis ao arbitrio humano todos os factores sociaes. Victima da ultima foi, no seu tanto, KARL MARX, pelo menos nos seus principaes momentos e affirmações: o materialismo historico são deixaria margem á politica. Grande erro, esse, de admittir que fosse possivel mostrar o determinismo economico dos factos sociaes, sem que tal *verdade* (parcial, dizemos nós) pudesse deixar de influir na *actividade politica dos homens*. A descoberta de uma curva altera a curva. A convicção marxista poderia ficar no terreno scientifico; mas a outra premissa, a do imperativo (vontade humana), tinha de actuar, inspirando-se nas proprias proposições do materialismo historico. Quando se consegue conhecer uma lei physica, chimica ou biologica, andou-se meio caminho para se poder

1. H. LEISEGANG, *Die Ethik des Berufsbeamtentums*, Leipzig, 1931, p. 32.

actuar, não *contra a lei*, mas desviando-se ou associando-se uma lei a outra, ou contrastando uma lei com outra lei. A politica é um jogo de leis e de actos, mão cujos dedos tocam, no teclado, aqui as notas da economia, lá as do direito, além as da sciencia e da arte, ou da religião. O uso *possivel* de toda a gamma é o Estado integral.

A curva, a *lei*, que MARX descobriu, alterou-se pelo facto de ter sido descoberta, *vista*. Seria inutil qualquer acção contra as leis sociaes se só uma causa tivessem ellas: o elemento economico. Ora, não é isto o que se dá[1]. Desde o momento em que o espirito, *outro factor*, percebe o caminho em que ia, a sua convicção actúa no plano que as circumstancias anteriores ao descobrimento preestabeleciam. De MARX aos nossos dias, o que se vê, na historia, é desenrolarem-se as consequencias da *convicção* scientifica de que o Estado serve a uma classe contra as outras e de que é preciso, mediante o Estado ou contra elle, *socializar* os meios de producção.

O drama dos nossos dias é o encontro, a luta, entre o socialismo e o Estado. Ha os que querem o epilogo da desapparição do Estado. Outros que desejam a solução soviética. Outros, a fascista. Dentre os que mantêm o Estado, todos formulam a questão como a da luta, não entre o socialismo e o Estado, mas entre o socialismo *ou* syndicalismo (Estado soviético *ou* Estado fascista) e o Estado *demoliberal*. O caracter deste livro não comporta que reproduzamos o que, nos dois Estados antiliberaes, se diz e escreve contra a liberdade e a democracia. A injustiça está na confusão entre *liberdade* e *liberalismo apriorico*, intervenção do povo e democra-

1. PONTES DE MIRANDA, *Introducção á Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1926, ps. 134-139, 157-159.

tismo. Na luta entre o socialismo *e* o syndicalismo contra o Estado demoliberal, a resposta têm de ser *sociologica* e *pratica*. Não póde ser de ordem *affectiva*, nem de ordem *catastrophica* (materialismo historico puro). A nossa convicção é a de que a melhor solução, no presente, é a *fusão*.

O Estado é um methodo de regular a convivencia humana, methodo de caracterização de peripherias e de integração dentro das raias que o limitam; outrosim, methodo de acção *entre* Estados. Os seus instrumentos são tomados em todo o *Humano*, — direito, economia, religião, arte, sciencias, medidas eugenicas. O facto de se abster, ou de ser, deliberadamente, abstinente, não póde influir na sua natureza: o Estado ora é religioso, ora confessional, ora interventivo em religião, ora indifferente a ella, ou contra ella; são especies de Estado, como ha outros. No Occidente, o Estado desinteressado da instrucção não se comprehenderia; no Seculo XVII e parte do Seculo XVIII, não se comprehenderia exactamente o contrario: o Estado que lançasse impostos para a instrucção publica. O Estado liberal permittiu a legislação civil, mas garantia a propriedade privada e vedou leis que retroagissem. Resultado: não permittiu a legislação com a liberdade que se pensa ter permittido; a materia contractual, a familia, as successões, ficaram ao alcance do poder legislativo, não, porém, o direito das coisas, romanistico e entrelaçado de "direitos adquiridos". O Estado liberal foi e é, no fundo, *conservador*. Talvez, hoje, o typo mais conservador.

2. *Os Estados unipartidarios e a liberdade*

O unipartidarismo não é coisa que se improvise sem base nos factos ou nos proprios dados doutrinarios.

No Estado soviético, resulta da idéa unica: é unipartidario, porque é monoidéico. Na Italia, circumstancias locaes permittiram a conquista do Estado, pela violencia, — sob a inspiração das *Réflexions sur la violence* de SOREL, e a consequente ditadura, evolvente para o regime definitivo, sem admittir, comtudo, *outro* partido. A despeito de não ser monoidéica, fez-se unipartidaria a solução fascista. Como o Estado soviético, edifica-se sem *opposição*. "Não queremos, nem precisamos de qualquer opposição", dizia MUSSOLINI, em dezembro de 1926: "não é necessaria ao funccionamento de qualquer regime politico são, e é superflua em regime completo, como o regime fascista". O partido soldou-se ao Estado, é orgão constitucional do Estado. Se o deputado incorreu em pena, perde todos os direitos e prerogativas em quanto a cumpre. O secretario federal do partido, que, antes de 1929, dava ordens ao prefeito, em cada provincia, hoje as recebe. Começou-se pela "conquista" do Estado, mediante a violencia, o unipartidarismo, a constitucionalização do partido como orgão do Estado, e acaba-se pela quasi identificação: o Estado "conquistando" o partido, — absorvendo-o, ao mesmo tempo que fortemente se integra no partido. O secretario geral do partido é nomeado pelo rei; os secretarios federaes, pelo chefe do governo.

O fascismo não permitte a luta de principios, não permitte, portanto, a liberdade; quer a supressão do Estado liberal, e não a corrigenda do Estado liberal. Para MUSSOLINI, a liberdade é "cadaver putrefeito". Só ha uma opinião possivel, que se estreita á medida que se passa das coisas abstractas para as concretas, á medida que se afina, como gesso apertado em funil: a opinião do Estado: a opinião do partido fascista: a opinião do governo: a opinião do *Duce*. Portanto, só uma opinião: a do *Duce*. Na Italia, não ha direito de greve;

attentaria contra a producção nacional. Existem os delictos de greves, com as respectivas penas, desde a multa á prisão (Lei de 3 de abril de 1926). Quanto á liberdade de imprensa, disse MUSSOLINI: "Os jornaes são a serviço dos plutocratas, dos partidos, dos individuos, que consideram o jornal como verdadeira industria analoga á do ferro ou á do couro... O jornalismo italiano é livre, porque serve uma causa, um regime".

O fascismo pensa que a violencia é "moral, profundamente moral". Antes de definir o Estado, cumpria "conquistá-lo", e assim o fez. De posse do Estado, o Estado fascista cria o direito corporativo, apodera-se da educação moral e physica da criança, procura utilizar-se da força moral da Igreja. Para caracterizar o seu papel de critica á democracia, MUSSOLINI declara (a 7 de abril de 1926) que o movimento italiano representa principio novo no mundo, a antithese nitida, categorica, definitiva, de todo o mundo da democracia, dos principios immortaes de 1789. Tudo isto se crystaliza em reforçamento do poder executivo, orgão essencial e supremo da sua acção. Já isto destôa dos outros lugares e da propria Italia de outróra: "em todos os paises, mas especialmente na Italia, dizia ROCCO, a decadencia do Estado teve como manifestação exterior o desmedido crescimento dos poderes do Parlamento em detrimento do poder executivo". Em todos os paises, é demasiado; no Brasil, por exemplo, o que se observava era a hypertrophia do Poder executivo. Na Italia, o chefe do governo, legal e praticamente, é todo o governo: não dirige, não chefia o ministerio; tém comsigo a policia (no sentido amplissimo do fascismo), sob a sua immediata autoridade o chefe do estado-maior do Exercito e da Marinha, sob a sua direcção o Conselho Nacional das Corporações. "Após a reorganização do governo, além da milicia nacional, ficarão sob minha dependencia: o Con-

selho de Estado, a Côrte das Contas, a Magistratura", avisava MUSSOLINI, a 14 de setembro de 1929.

As liberdades de contractar e de trabalho não são toda a liberdade; nem a liberdade, perdendo estes principios, se desnatura. As outras liberdades, as espirituaes, as de movimento individual, são ligadas á personalidade. A de contractar suppõe o contracto, a faculdade de contracto, o direito dos contractos; se estes não existem, não póde haver a liberdade delles. Por isto mesmo, o communismo, nas suas formas extremas, não é incompativel com a liberdade. Affirmar o contrario, como fazem enthusiastas do sovietismo despotico e adversarios delle, denuncia séria confusão entre liberdades essencialmente differentes, liberdades fundamentaes e liberdades que pódem ou não existir, porque dependem do direito existente. Aliás, o Estado soviético, a despeito da violencia com que tinha de installar-se e manter-se, não proscreve a liberdade. Sem paradoxo, ainda é um Estado liberal. A realização da *igualdade* reduz ao cerne a *liberdade*: "para assegurar aos trabalhadores a verdadeira liberdade de consciencia, a Igreja é separada do Estado e a escola da Igreja, e a liberdade de propaganda *religiosa* e *antireligiosa* reconhecida a todos os cidadãos; para assegurar aos trabalhadores a plena liberdade de exprimir as suas opiniões, supprime-se a dependencia da imprensa em relação ao capital, põem-se nas mãos da classe operaria e dos camponêses todos os recursos technicos e materiaes necessarios á publicação dos jornaes, brochuras, livros, e outras producções de imprensa, e assegura-se a livre diffusão através de todo o país; para assegurar-lhes a verdadeira liberdade de reunião, reconhecendo-se aos cidadãos o direito de organizar livremente reuniões, meetings, cortejos, etc., põem-se á disposição da classe operaria e dos camponêses todos os locaes convenientes

para a organização das reuniões publicas; para assegurar-lhes a verdadeira liberdade de associação, a Republica, quebrando o poder economico e politico das classes possuidoras e assim afastando todos os obstaculo que, na sociedade burguesa, até o presente, impediam os operarios e camponeses de gozar da liberdade de organização e de acção, presta-lhes o seu concurso para que se unam e se organizem" (Tit. I, cap. I, 4-7).

3. *O Estado sociodemoliberal*

A Declaração de direitos de 1789 fez a volta do mundo, inflammou espiritos e corações, derrubou regimes e derramou sangue humano, talvez o mais humano que já se verteu em todos os tempos: o sangue do Homem com um grande H. Ninguem lhe póde negar tal contagio intellectual e affectivo.

A experiencia foi feita. Vimos-lhe os males e os beneficios. Cumpre aproveitar a estes e attenuar ou, melhor, cortar cerceos aquelles.

Os córtes já começaram. Os ultimos annos — pouco mais de um decennio — alteraram enormemente as Declarações dos Direitos, todas do typo franco-americano. Durante o Seculo XIX foram direito novo. No Seculo XX, envelheceram. Instrumentos liberaes, os principios formulados eram negativos, excepto quanto á escola e á assistencia social[1]. A critica, exercendo-se, sêcou as fontes de emoção de que viviam as velhas Declarações. Todas ellas liberaes. Todas aprioristicas. Seria mentir dizer que hoje satisfazem.

Mas seria injustiça negar os beneficios enormes do

1. A Constituição francesa de 1848 trouxe outro preceito positivo: o principio da protecção do trabalho.

Estado liberal. Foi um grande mal e um bem. *Toda a sabedoria está em sair delle sem perda do bem que se lhe deve.* O proprio operario, economicamente fraco, sómente com a liberdade de associação póde enfrentar o dono da empresa. Ora, a liberdade de associação é de origem liberal, se bem que, por muito tempo, o liberalismo tivesse procurado negar, negando-se a si mesmo[1], o direito de coalição para o fim de melhorar e defender salarios. A Constituição brasileira de 1891 consignava o direito de associação, mas vagamente, de modo que fôram possiveis as mais reaccionarias interpretações por parte dos governos e dos juizes. Pouco tempo antes da Revolução de 1930 foi demittido funccionario de alta categoria porque escrevera artigo sobre o direito de greve. Neste ponto, a socialdemocracia liberal da Alemanha obteve texto que representa marco notavel na technica constitucional (Constituição, art. 159): "A liberdade de se associar para a defesa e a melhora das condições do trabalho e da vida economica é garantida a todo individuo e a todas as profissões. Todas as convenções e medidas, que limitem ou procurem embaraçar esta liberdade, são contra direito (*rechtswidrig*)". Se bem que provocada pelo movimento operario, socialista, trata-se de revelação de conteúdo do principio liberal. O preceito é novo, porque a formula antiga se mostrou *lex imperfecta*. Se bem que ANSCHÜTZ e GIESE o reputem[2] declaração de direito differente do principio de livre associação (arts. 123, 124, 130, alinea 2), a tendencia é para nelle reconhecer esclarecimento do

1. Reminiscencia da luta contra o Estado corporativo medieval.

2. GERHARD ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 13. Aufl., Berlin, 1930, p. 629; F. GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 8. Aufl. Berlin, 1931, p. 325.

principio liberal classico[1]. A nossa explicação pela revelação do conteúdo do preceito liberal, graças ao simples contacto da movimentação politica operaria, elimina a discrepancia. Não se diga que ficaria de pé o argumento de que, aqui, se trate, de liberdade em relação, não só aos poderes do Estado, como em relação aos poderes sociaes, porque a verdadeira comprehensão do principio geral é no mesmo sentido.

Não pára aí a evolução do liberalismo, causada, em parte, pelo socialismo e em parte pela sociologia pura. Se o socialismo toma tal caminho, o Estado fascista tenta excluir a definição de liberdade; e não só a definição: a coisa definida. Na Italia, o syndicato deve apresentar certos requisitos para que se torne construcção de direito publico. Para cada profissão, o Estado reconhece um, e só um. Não é necessario que os membros da profissão adhiram; porque o syndicato, uma vez tornado de direito publico, os *representa*. Todos os syndicatos fazem parte das grandes corporações, que, por intermedio da commissão de presidencia, se liga com o governo. Para se ver o papel do Estado, basta notar que: *a*) o Estado fixa os presuppostos da formação dos syndicatos; *b*) a existencia começa com o reconhecimento; *c*) o governo nomeia o secretario do syndicato. Comprehende-se que sejam interdictos a greve e o lock-out. Aliás, o direito de greve deve ser reconhecido onde quer que o trabalho não esteja sufficientemente garantido. Na Russia, não se explicaria. Na Italia, o direito positivo nega-o, inclúe a greve entre os delictos. Tal procedimento ou constitúe consequencia normal do Estado corporativo, se o trabalho está, effectivamente, protegido (questão de facto), ou simples violencia do Estado,

1. FRITZ POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung*, 3. Aufl., Berlin, 1928, p. 492.

eliminadora do principio que o Estado socialista revelou *dentro* de principio liberal de associação (Constituição alemã, art. 159).

A maior pressão do Estado socialista sobre o Estado liberal é no sentido de corrigir o principio da liberdade de contractar. Não raro os criticos socialistas, mais affeitos á realidade, á visão concreta das coisas, esgrimiram contra o apriorismo liberal argumentos liberalistas: "onde a liberdade de contractar, se uma das partes está subjugada pela impossibilidade de optar, se uma dellas detém todos os instrumentos de producção e em verdade, em vez de propôr, impõe?" Aqui, a liberdade *formal*, o *laissez faire*, baseado no livre jogo dos individuos *formalmente iguaes* (na realidade, profundamente *desiguaes* por differenças iniciaes, garantidas por todo um direito emperrado, romanistico e medieval, de propriedade e de successões), difficilmente poderia ser defendida. Trata-se de *realizar* a igualdade, que não existe, — donde a necessidade de um liberalismo *substancial* e não formal, que se tém de caracterizar, epistemologicamente, pelo direito *inductivo-experimental* contra o direito *aprioristico* do racionalismo. Portanto, a intervenção do Estado, intervenção coactiva e punitiva, a occupação, pelo Estado, do sector economico.

Prosigamos. Drama escripto, e agora vivido, da luta entre o pensamento liberal e o socialista tém-se nos arts. 151-165 da Constituição alemã. Garantem-se nos arts. 151, 3ª alinea, 152, 153, 154, a liberdade de commercio, de industria, e de contracto, a propriedade privada e o direito de successão, mas, abaixo, acima ou junto dos textos, o socialismo tesse a sua critica, marca os correctivos ao Estado liberal, quando não revela conteúdo de principio liberal que lhe vém ao alcance dos propósitos. Os preceitos liberaes lá estão; mas, "de acôrdo com a lei", o Estado intervém. Não é possivel fixar a li-

cutados. Escutar a todos, aos que persuadem, que é isto senão democracia? Sempre que as contradicções surgem nos gestos e nos espiritos, ha confusão nos conceitos. Não pódem ser a mesma a coisa que se repelle e a coisa que se deseja. Cumpre-nos procurar a razão da inconsequencia politica dos nossos dias.

O que nos faz menosprezar as democracias e o liberalismo é que delles realizamos o que merecia e o que não merecia se realizasse. Já agora podemos ver os males de um e os males do outro; apontá-los, censurá-los. O que conseguiu inserir-se nos factos e servir á vida, á felicidade humana, *identificou-se* com a vida, com a felicidade humana. Já não o vemos: a indiscutibilidade dos principios torna invisiveis os principios. O que desserviu e desserve á prosperidade, ao bem geral, passa tanto mais a ser visto quanto maiores, em torno, as discussões, as criticas, as condemnações. Vejamos em que consistem.

A censura á democracia começa pela analyse do voto. Estranha-se que, ao attingir idade legal, o individuo adquira, só por isto, o direito de votar. "Só os que trabalham, produzem e collaboram, de algum modo, com o Estado", diz MUSSOLINI, "devem participar da direcção do Estado". Ainda seria a democracia, a democracia do *Arbeitsstaat*, o Estado do trabalho de que falou ANTON MENGER[1]. O Estado soviético e o fascista, annos depois, deram o exemplo, reduzindo, por motivos differentes, os caracteres democraticos.

Outra censura é a de que, com a democracia, o capitalismo circumscreve a propriedade individual a pequeno numero. Com ella, em vez de se evitar, aggrava-se

1. ANTON MENGER, *Neue Staatslehre*, 2. Aufl., Jena, 1904, ps. 17, 20, 75-154.

o pauperismo. Desgraçadamente isto se deu e a critica que mostra a intervenção paternal dos monarcas como correctivo das graves desigualdades sociaes exerce effeitos persuasivos e seducções notaveis (LE PLAY, MAURICE MAIGNEN, LA TOUR DU PIN). Será justo attribuir-se á democracia? Será justo crer que o povo, podendo fazer a si mesmo o bem, não fez, ou não faz? A verdade está em que elle não pôde, nem póde fazê-lo: todos os elementos materiaes, toda a força, está com a minoria, com os titulares oligarchicos. A culpa é da *imperfeição* da democracia, e não da democracia. A democracia deve exercer-se dentro de *fins* do Estado e os fins eram e são burgueses. No Estado do trabalho, o mecanismo democratico não poderá ser pôsto a serviço da minoria capitalista: terá de mover-se dentro do fim relativamente igualitario do Estado socialista.

As observações que aí ficam mostram que os inimigos da democracia atacam *outra coisa*. Não é de admirar que os seus defensores vulgares aproveitem o ensejo de defendê-la, para persistirem na pratica da *representação sem deveres para com os representados*, no regime dos partidos amorphos e coalizantes. Defendem, elles, tambem, *outra* coisa.

Justas, ou injustas as criticas, falou-se na crise da democracia. Do parlamentarismo, da representação, do Estado demoliberal, melhor diriamos. O pensamento do Seculo XX apurou-se, desde cêdo, em querer debellá-la. Hoje já ha soluções concretas. Mas é difficil julgar, desde já, as tres, que tentaram dar á crise do Estado democratico a Russia, a Alemanha e a Italia. Transformações politicas facilmente se apreciam e se julgam nos seus resultados, — para isto concorre a sua particular visibilidade, o seu caracter plastico; não assim, as transformações mais complexas, de ordem social. Demais, não é o effeito episodico, que se quer, nem o aspecto dra-

nha que separa os dois pensamentos, a linha que diz onde acaba o Estado liberal e onde começa o Estado socialista. Como quer que seja, o socialismo persuade-se de que deve ser *politico*, ao mesmo tempo que o liberalismo e o proprio capitalismo profundamente se transformam. Por sobre elles, o trabalho e a ideologia internacional abrem veredas mais largas á transformação.

Vejamos outro ponto.

A liberdade religiosa comprehende: a de consciencia, a de crença, a de culto; quer dizer: a de reger cada um a sua consciencia, a de crer em ordenação divina do mundo, em Deus, qualquer que seja, ou de não crer, no todo ou em parte, e a de praticar, ou não praticar, só, em communidade ou em sociedade, a sua convicção religiosa.

A concessão do direito subjectivo de congregação para fins religiosos subsume-se na *liberdade de associação*. A adjectivação não torna especifica a liberdade. O que constitúe conquista do Estado contemporaneo, do Estado tendente á integração, é o conferimento do *caracter de direito publico* a todas as corporações religiosas e philosophicas, em determinadas condições de duração e efficiencia. Aqui, o novo Estado destróe monopolios (o Brasil já os não tinha), revela, mais scientificamente, o conteúdo do principio liberal (religiões e philosophias) e affirma o seu proposito de utilizar o sector religioso-philosophico (politica extensiva).

Na Constituição alemã, ha o preceito da *obrigatoriedade do trabalho* junto ao do *direito ao trabalho* (art. 163) Mas o dever de trabalho não está sob a fórma de *obrigação* juridica, e sim de dever moral, ao passo que sob aquella apparece o direito ao trabalho. Nada justifica a differença. Resultado: tém-se como indispensavel a alteração constitucional para tornar *Rechts-*

pflicht o que, sob as expressões do art. 63, alinea 1, é só *sittliche Pflicht*.

A obrigatoriedade *juridica* do trabalho não póde deixar de figurar em Constituição do novo typo. O problema technico, para cada povo, está em traçar a linha de separação entre a liberdade e a obrigação: as duas devem coexistir. O Estado soviético estatúe (art. 18): "Quem não trabalha não come". O Estado fascista (*Carta del Lavoro*, art. 2): "O trabalho sob todas as suas formas, intellectuaes, technicas e manuaes, é um dever social". E' innegavel o valor moral, social, do art. 2 da *Carta del Lavoro*.

4. *As transformações da Democracia*

As democracias estão mortas, diz-se. As declarações de direitos, tambem, accrescenta-se. Exageros. Em parte, envelheceram. Mas sómente poderemos pesar o que ellas foram, o que se lhes deve, o que realizaram, quando eliminadas, inoperantes. Nem tudo se póde desprezar nos principios e na idéa democratica, nem todos os principios de liberdade pódem ser postos de lado, sem que se recúe. O socialismo tém de erguer-se sobre o aproveitavel, o indispensavel de uns e de outros. Tome-se o typo mais avançado dos nossos dias, — a Russia, o Estado soviético. Será que se apagou todo o residuo democratico? Não será elle, mais do que outros Estados, democratico?

No proprio Estado fascista, quem faz, com o *sim* e o *não*, os deputados, dentro da lista que se organizou, é o povo. E a Italia de hoje apresenta o regime menos democratico de todos os Estados civilizados.

Tornou-se vulgar o brado contra a democracia. Ao mesmo tempo, os mesmos labios pedem que sejam es-

cutados. Escutar a todos, aos que persuadem, que é isto senão democracia? Sempre que as contradicções surgem nos gestos e nos espiritos, ha confusão nos conceitos. Não pódem ser a mesma a coisa que se repelle e a coisa que se deseja. Cumpre-nos procurar a razão da inconsequencia politica dos nossos dias.

O que nos faz menosprezar as democracias e o liberalismo é que delles realizamos o que merecia e o que não merecia se realizasse. Já agora podemos ver os males de um e os males do outro; apontá-los, censurá-los. O que conseguiu inserir-se nos factos e servir á vida, á felicidade humana, *identificou-se* com a vida, com a felicidade humana. Já não o vemos: a indiscutibilidade dos principios torna invisiveis os principios. O que desserviu e desserve á prosperidade, ao bem geral, passa tanto mais a ser visto quanto maiores, em torno, as discussões, as criticas, as condemnações. Vejamos em que consistem.

A censura á democracia começa pela analyse do voto. Estranha-se que, ao attingir idade legal, o individuo adquira, só por isto, o direito de votar. "Só os que trabalham, produzem e collaboram, de algum modo, com o Estado", diz MUSSOLINI, "devem participar da direcção do Estado". Ainda seria a democracia, a democracia do *Arbeitsstaat*, o Estado do trabalho de que falou ANTON MENGER[1]. O Estado soviético e o fascista, annos depois, deram o exemplo, reduzindo, por motivos differentes, os caracteres democraticos.

Outra censura é a de que, com a democracia, o capitalismo circumscreve a propriedade individual a pequeno numero. Com ella, em vez de se evitar, aggrava-se

1. ANTON MENGER, *Neue Staatslehre*, 2. Aufl., Jena, 1904, ps. 17, 20, 75-154.

o pauperismo. Desgraçadamente isto se deu e a critica que mostra a intervenção paternal dos monarcas como correctivo das graves desigualdades sociaes exerce effeitos persuasivos e seducções notaveis (LE PLAY, MAURICE MAIGNEN, LA TOUR DU PIN). Será justo attribuir-se á democracia? Será justo crer que o povo, podendo fazer a si mesmo o bem, não fez, ou não faz? A verdade está em que elle não pôde, nem póde fazê-lo: todos os elementos materiaes, toda a força, está com a minoria, com os titulares oligarchicos. A culpa é da *imperfeição* da democracia, e não da democracia. A democracia deve exercer-se dentro de *fins* do Estado e os fins eram e são burgueses. No Estado do trabalho, o mecanismo democratico não poderá ser pôsto a serviço da minoria capitalista: terá de mover-se dentro do fim relativamente igualitario do Estado socialista.

As observações que aí ficam mostram que os inimigos da democracia atacam *outra coisa*. Não é de admirar que os seus defensores vulgares aproveitem o ensejo de defendê-la, para persistirem na pratica da *representação sem deveres para com os representados*, no regime dos partidos amorphos e coalizantes. Defendem, elles, tambem, *outra* coisa.

Justas, ou injustas as criticas, falou-se na crise da democracia. Do parlamentarismo, da representação, do Estado demoliberal, melhor diriamos. O pensamento do Seculo XX apurou-se, desde cêdo, em querer debellá-la. Hoje já ha soluções concretas. Mas é difficil julgar, desde já, as tres, que tentaram dar á crise do Estado democratico a Russia, a Alemanha e a Italia. Transformações politicas facilmente se apreciam e se julgam nos seus resultados, — para isto concorre a sua particular visibilidade, o seu caracter plastico; não assim, as transformações mais complexas, de ordem social. Demais, não é o effeito episodico, que se quer, nem o aspecto dra-

matico das novas formulas politicas. O que se procura, como dado para o julgamento, é o *accrescimo de felicidade social*, de *justiça distribuitiva*, de *aperfeiçoamento do Estado*. Na Alemanha, o Estado pluralista, pluripartidario, polycratico, denuncia-se no direito material, desigual, heterogeneo, acutilado. Não ha mudança geral de côr, não ha passagem de uma côr do espectro para a immediata; ha manchas, aqui e alli. As horas que se passam a ler as obras e revistas em que pulsa o novo direito constitucional e administrativo, a percuciente critica dos financistas, dos sociologos, dos juristas, deixam-nos a impressão do maior esforço mental, que o homem já fez, para renovar-se sem desespero, para caminhar firme, convicto, sem açodamentos, que possam comprometer o ideal do Estado e do Homem.

A democracia actual manifesta-se na *iniciativa*, na *decisão* e na *representação*. A *iniciativa popular* e o *referendum*, adoptados pelas recentes constituições, mostram que as criticas á democracia serviram para *transformá-la*, e não para *extingui-la*. Aliás, difficilmente acórdam os espiritos no que entendem por democracia. Póde ella ser representativa; mas democracia e representação não constituem a mesma coisa. Nem são o mesmo democracia e parlamentarismo, Vejamos as tres manifestações:

1. A *iniciativa popular* marca um dos seus mais memoraveis movimentos historicos. Na Alemanha (art. 72, alinea 2), um decimo de eleitores póde pedir o referendum para projecto de lei, salvo se relativo a orçamentos, a impostos e a vencimentos. Outrosim, para projecto de revisão constitucional e modificação dos territorios dos paises (arts. 76, 18). Na Prussia (arts. 3, 6, 57, 1ª alinea), para a modificação da Constituição, para o voto modificação e abrogação das leis, e para a dissolução da Diê-

ta. Projecto de lei rejeitado pela Diéta não póde ser reposto em ordem do dia durante a mesma sessão; salvo se objecto de iniciativa regular do povo (art. 62). Na Baviera (§§ 7, 2º, 10, 76), cabe a iniciativa popular para a modificação da Constituição, para o voto, modificação e abrogação das leis, salvo exclusões (§ 77, alinea 1ª), e para a convocação e dissolução da Diéta. Em Baden (§§ 6, 21, 22), o direito de proposição popular (*Volksvorschlagsrecht*) cabe a 80.000 eleitores, quanto a voto modificação ou abrogação de leis, inclusive as constitucionaes. Se o *Landtag* rejeita (ou modifica), cabe o referendum. Bremen (§§ 4, 5), o Reich, Braunschweig (arts. 23, 41, 42), Hamburgo (art. 5), Hessia (art. 4), Lippe (art. 10), Mecklenburg-Strelitz (§ 32), Mecklenburg-Schwerin (§§ 45, 46), Oldenburgo (§§ 34, 65), Saxonia (arts. 3, 36). Schaumburgo-Lipe (§§ 1 s., 11), Turingia (§ 25), tambem consignam a iniciativa popular, com pequenas variantes. Wurtemberga (§ 16, 2ª), quanto á dissolução do *Landtag*.

Na Austria (art. 41, 2ª alinea), ha a iniciativa popular (*Volksbegehren*) para os projectos de leis. Na Estonia (§§ 29, 31, 34), para voto, emenda ou abrogação de lei, salvo (art. 34) orçamentos, emprestimos, impostos, declaração de guerra e conclusão da paz, declaração de estado de sitio e sua supressão, mobilização ou desmobilização e tratados internacionaes. A modificação da Constituição pertence á iniciativa popular e á Assembléa (art. 88). Na Irlanda (art. 48), cabe ao Parlamento regular a iniciativa popular, nas bases estabelecidas pela Constituição; provê-se ao caso de não ter o Parlamento exercido tal funcção legislativa. Na Lettonia (arts. 65, 78), um decimo[1], pelo menos, dos eleitores póde apre-

1. Lei lettã de 20 de junho de 1922, §11: «Mil eleitores, pelo menos, pódem apresentar á Commissão central das eleições

sentar projecto de revisão da Constituição ou projecto de lei completamente elaborado; se a Diéta só o adopta com restricções, submete-se a referendum. A Suiça consagra-o (arts. 120-102), inclusive nos cantões.

2. O referendum, além dos Cantões suiços, apparece na Alemanha (arts. 18, 73, 75): modificação do territorio dos paises; leis submetidas ao referendum pelo Presidente do Reich[2]. A Austria (arts. 42-47) adopta-o para todas as leis votadas pelo Conselho Nacional, desde que o decidiu ou fôr pedido pela maioria dos seus membros (art. 43), para as modificações de conjunto da Constituição, ou, se parciaes, quando o requeira um terço dos membros do Conselho Nacional ou do Conselho Federal (art. 44). Toma-se a decisão por maioria absoluta (art. 45). A Estonia (§§ 29, 30-34, 88), para as leis adoptadas, quando um terço da Assembléa o requeira (§ 30), para os projectos de iniciativa popular rejeitados (ou modificados, interpretamos nós) pela Assembléa (§ 31), e para a materia constitucional (§ 88). Tém applicação o § 34, já referido. Na Lettonia, o art. 73 é semelhante ao § 34 da Estonia, e os arts. 72, 74, 77, 78-80, tratam do referendum, bem como os arts, 48 e 50, para o caso de proposição dissolutiva da Diéta. Danzica consagra o referendum (arts. 43, 47), inclusive para a dissolução do *Volkstag* (art. 9, Lei de 28 de setembro de 1930).

---

o projecto de lei previsto pelo art. 78 da Constituição». A Commissão informa da abertura da lista para as assignaturas.

2. Anhalt, §§11, 12, 42; Baden, §§6, 21s., 57, 69; Baviéra, §§7, 10, 30, 45, 76, 77; Bremen, §§4, 17, 18, 53; Braunschweig, §§42, 43, 64; Hessia, arts. 4, 12.; Lippe, arts. 10, 11, 20; Lubeca, arts. 4, 69, 70; Meckl.-Schw. §§45, 46, 82; Oldenburgo, §§34, 55, 65 s.; Prussia, art. 5, ns. 4 e 5, 14, n. 1; Sch.-Lippe, §§3, 4, 10; Turingia, §§16, 25, 27, 28; Wurtemberga, §§41, 1°, 42, 1°, 44, 45.

Na Alemanha, os conflictos entre o Parlamento e o Presidente são resolvidos pelo referendum. Tambem funcciona para evitar que permaneça no governo Presidente que não deva. O Reichstag, por maioria, provoca; o povo decide. Se o povo recusa, dissolve-se o Reichstag e procede-se a nova eleição (art. 43).

Mais. O Presidente póde, querendo-o, submeter á votação popular a lei votada pelo Reichstag, e a combinação um terço do proprio Reichstag e a vigesima parte dos eleitores igualmente póde submetê-la. Quanto á orçamentos, impostos e vencimentos, só o Presidente póde provocar o referendum.

Em caso de veto pelo Conselho do Reich, a lei é submetida a nova deliberação. Se não acórdam o Conselho e o Reichstag, póde o Presidente ordenar o referendum, ou deixar que a lei não se complete. Se o Reichstag mantém a lei, por maioria de dois terços, o Presidente ou a publica ou ordena o referendum. Para decidir contra a decisão do Reichstag é preciso que participe do voto a maioria dos eleitores (art. 75). A Constituição póde ser revista por via legislativa, pelo referendum, ou pela votação do Reichstag, contra o voto do Conselho, seguida de referendum pedido por este (art. 76).

Engenhoso, sem deixar de ser simples, o systema alemão fortalece e faz funccionar a democracia, ao mesmo tempo que dá sentimento de responsabilidade aos orgãos do Estado.

Na Suiça, em materia financeira e constitucional, é obrigatorio o referendum (Genebra, Lei de 9 de março de 1927, Saint-Gall, art. 47; Schaffhouse, art. 107).

O referendum e a attribuição de caracter publico aos partidos servem ao mesmo propósito, que é o de tirar á representação o caracter de *direito* do deputado. Mais geralmente (para se abrangerem os casos em que a votação popular não reentrega ao povo a solução do pro-

blema e constitúe decisão originaria): servem a maior e mais pura manifestação do poder popular. Como quer que seja, temos deante de nós, por entre as criticas á democracia representativa, o *reforçamento da Democracia*. Não se póde, a respeito, opinar; é um *facto*. Nas *questões capitaes* — formalmente capitaes (modificações constitucionaes) ou tidas por certa parte do eleitorado, ou pelo Presidente como taes — a solução volta ao povo, ou se lhe reserva desde a feitura da Constituição. A evolução está intimamente ligada áquelle phenomeno, tantas vezes referido, da necessidade de sentido e da luta contra as coalições. Antes das constituições recentes, as novas eleições após as dissoluções do Parlamento nos regimes parlamentares obedeciam á mesma tendencia.

Quanto ás causas da apparição de taes technicas, não cremos que se devam só a observações e experiencias. Algo de intuitivo guia os povos a taes expedientes de decisão directa do povo: os trabalhadores querem regimes asseguradores do alto salario, hygiene, instrucção gratuita, e se aggregam, ou procuram aggregar-se para os impôr ou obter a syndicalização, causadora de *polycracia*, e ao mesmo tempo pedem a extincção ou a attenuação da representação democratica. Ora, a attenuação ou extincção da representação democratica leva, necessariamente, a um dos tres pontos: Estado antidemocratico e antiliberal; victoria do regime corporativo; democracia directa. Daí a grande significação dos textos constitucionaes que consagram a iniciativa popular e o referendum. Os povos que tomam esse caminho, um dos tres possiveis, quiseram a solução *dentro* da Democracia.

3. O suffragio universal resistiu ás novas elaborações constitucionaes, salvo na Rumenia, que deixou á legislação, por maioria de dois terços, regular o direito

(art. 6), na Yugoeslavia, que o relegou á legislação ordinaria o decidir (art. 70), e na Grecia, cuja Constituição é omissa (art. 36). Tambem regra é a proclamação constitucional do direito de voto por parte da mulher.

Excluem-se da iniciativa popular e do referendum as materias internacionaes. A politica exterior deve ficar aos governos, se bem que democratizada. Difficilmente se poderia, nos nossos tempos e nas condições actuaes das relações internacionaes, esclarecer sufficientemente a opinião geral. Tal o raciocinio que domina nas Constituições recentes. Em principio, o referendum não é desaconselhavel, ainda nos casos de declaração de guerra. Tudo aconselha, em quaesquer materias internacionaes, o referendum facultativo. Daria força ás decisões do Chefe de Estado, dos governos e das Assembléas; ou retiraria a confiança aos eleitos para a Presidencia, para o governo e para as Assembléas. No caso de desaccôrdo entre elles, decidiria a questão,

Nos paises de escassa instrucção e sem eleitores disciplinados, o referendum não prestará o mesmo serviço ao Estado, que prestaria nos outros, porém um, de si só, o justificaria: educar civilmente o povo e acostumá-lo a *direcção* e *sentido*, libertando-o de preferencias de ordem pessoal. Em taes povos, occorre que os resultados são differentes dos que surtem as eleições; quer dizer: a natureza impessoal das consultas concorre para que ainda nelles, e a despeito do nivel mental do eleitorado, este exerça a *funcção social* com objectividade.

Um dos argumentos contra o referendum é o de serem reaccionarias as suas decisões. Cita-se, por exemplo, o caso de Estonia, em 17-19 de fevereiro de 1923 (obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas). A verdade está em que se tiraram á inicitiva popular e ao referendum as materias em que elle podia propender para a esquerda economica (impostos, orçamentos). Na

propria Estonia, os socialistas quiseram submeter ao povo a Lei de 5 de março de 1926 (indemnização dos proprietarios de immoveis desapropriados). Invocou-se o § 34 da Constituição, que exclúe do referendum as leis financeiras. A votação popular será para a direita quando se referir á materia religiosa, mas, desde que se lhe permitta intervir em assumptos economicos e financeiros (uma vez que se evite o referendum diminuidor de verbas orçamentarias sem outras que as substituam, — unico perigo do referendum), tudo faz crer que as classes exploradas servirão á democracia economica. A defesa da esquerda contra o referendum, por parte, aliás, quasi sempre, de escriptores da direita, não tém razão de ser.

O systema proporcional domina.

Na Tchecoeslovaquia, cria-se Tribunal eleitoral especial (§ 19). No Brasil, igual procedimento, com a lei eleitoral preconstitucional. Mas ha attribuições de *direito publico* aos partidos naquelle Estado européu: o deputado eleito na luta de um partido póde ser privado da cadeira pelo Tribunal, quando occorreu exclusão por aquelle. Não regateamos encomios a essa e outras consequencias da estatalização dos partidos: será o meio mais efficaz de substituir *sentidos* e *direcções* a *individuos*, vectores a simples pontos ou linhas.

Os que tinham o suffragio universal como affirmação do direito innato individual não perceberam, com a introducção do *voto plural*, que se pemittia corrigir a essencia mesma do suffragio universal, que é a igualdade perfeita, nos principios e nos resultados, da participação electiva. Mas a *forma pura* (suffragio universal e voto uno) deixou de ser o typo dominante. Começaram as formas impuras, cujas variantes são infinitas. Cada povo, cada grupo, cada politico, cada escriptor de direito publico quer a sua.

Na Alemanha de hoje, MOMMSEN, LEMMER e HEUSS querem a escolha pela maioria, sem qualquer outra contribuição; M. J. WOLFF e GERLAND, o antigo direito eleitoral alemão; KOELLREUTTER, a lei inglesa, com a decisão pela maioria relativa; PFISTER, o systema premial para o partido mais forte. R. v. EYNEM, a representação proporcional combinada com a eleição viril. Tudo isto implicaria alteração na Constituição. Outras propostas não a alteram: *a*) associação da eleição por maioria com a representação proporcional, sendo a decisão ou por maioria relativa com lista do *Reich* (RICHARD SCHMIDT), ou sem lista do *Reich* (W. JELLINEK, HEYMANN), ou por maioria absoluta, ou em dois escrutinios, absoluta no primeiro e relativa no segundo (HEILE); *b*) representação proporcional pura: afastamento dos grandes circulos eleitoraes e supressão das listas (v. HIPPEL, HEIN); eleições nas provincias e compensação por listas do *Reich* (ADAM RÖDER); associação do systema adoptado na Constituição á livre escolha na lista (THOMA); listas em cerca de 100 circulos, 3 ou 4 por partido em lista limitada (v. CAMPE); 150 circulos, 10 provincias eleitoraes, nenhuma lista do *Reich* (ERNST FREI); 420 deputados, em 420 circulos eleitoraes, cada partido conforme a percentagem dos votos obtidos em todo o *Reich*, e 60, dentre os quaes 36 mulheres, escolhidos na lista do *Reich* (KLÖCKER); eleição em circulos autonomos: com systema automatico e lista do *Reich* (ERDMANNDÖRFFER); com o systema D'HONDT e 270 deputados supplementares (BORNEMANN); a solução do novo projecto: 162 circulos, em 31 uniões, sem lista do *Reich*, mas com 12 grupos de paises, systema automatico, córte 70.000.

Problema eleitoral não é problema de *calculo de probabilidades:* não está em causa o modo mais efficaz de representação (direito subjectivo); nem de conceito

juridico. E' *politico*[1]. Deve ficar ás preferencias populares e aos interesses geraes: o que organiza e, até certo ponto, traduz a opinião publica, sem impedir o bom funccionamento da vontade estatal.

5. *Conclusões*

1. O liberalismo apriorico levou a resultados deploraveis: o Estado-sector, indifferente, que deixa cavar-se o abysmo entre explorados e exploradores, formar-se o espirito de *terrenidade*, de *mundanidade*, ligado ás coisas da terra e do mundo material (*Geist der Irdischkeit und Weltlichkeit*, diz WERNER SOMBART), de predominio material, a racionalização[2] do modo de viver no mundo (MAX WEBER), o exaspero individual do lucro, o crescimento do "exercito industrial de reserva", previsto por KARL MARX[3]. Ao mercantilismo seguiu-se, na doutrina economica, o liberalismo economico de ADAM SMITH: as rédeas sáem da mão do Estado para as dos individuos. A physiocracia de QUESNAY e o liberalismo de SMITH são os grandes responsaveis. Economia da producção, em vez da economia medieval do consumo. O que se fazia e se faz mistér é a *economia total*, que apanhe todo o phe-

---

1. R. KUENZER, *Wahlreform*, em *Deutsche Juristen-Zeitung*, Berlin, 1931, vol. 36, p. 123.

2. No sentido proprio, de applicação do *racionalismo*.

3. A theoria do exercicio industrial de reserva vém de MALTHUS. Deve-se a MARX a fundamentação economica. Pensa KARL HEMBURGER, *Die Theorie von der industrielle Reservearmee*, Halberstadt, 1928, p. 93, que são possiveis medidas que tornem sem valor a generalização. Não é bem isso. Se aqueço o meu quarto na Haya porque faz frio, nem por isso a Haya deixa de ser fria. A diminuição do exercito de reserva pela socialização como sentido *politico* não infirma a proposição scientifica de que elle *tende* a crescer.

nomeno economico (producção, distribuição, consumo).

No meio liberalista, a Sciencia foi aproveitada para o desenvolvimento capitalista, para a exaltação divisionaria. Enchem-se as fabricas ao mesmo tempo que os industriaes compram as terras e augmentam os latifundios.

Mas vimos que o liberalismo extrapola os principios de liberdade. O homem precisa das liberdades, de um *minimum*, e conquistou aquellas que a vida em commum lhe permittia e lhe permitte. Não são todas as liberdades. O liberalismo economico consistiu exactamente em levar a sectores a que não devia os principios de liberdade. Quando, hoje, MUSSOLINI chama á liberdade "cadaver putrido", em vez de curar o doente, estrangula-o.

Temos, pois, a primeira conclusão: as liberdades fundamentaes precisam ser mantidas. O Estado contemporaneo tém de consagrá-las. E' Estado *liberal*, sem ser *liberalista*. Mas só a socialização progressiva póde salvar a liberdade. Porque? Porque a liberdade *desprotege* ao mesmo tempo que *protege:* os fracos serão cada vez mais fracos e em maior numero. Se socializarmos, por todos os meios, as grandes sobras individuaes, a liberdade poderá subsistir. Se assim não procedemos, impõe-se a *limitação* violenta; vêm os regimes de liberdade *minima* (Estado soviético, Estado fascista).

Passemos ao segundo ponto: a democracia.

2. O regime democratico por si só não basta. E' imprescindivel a finalidade. Não satisfaz que se dê ao povo a escolha. E' preciso que elle possa escolher e decidir. Para que elle decida, é preciso que a minoria detentora dos meios de producção não disponha dos representantes e não esmague a maioria por todos os meios e com todos os recursos oppressivos. Ora, isto só se póde adquirir pela socialização, catastrophica (Estado soviético), ou progressiva (Estado socialista), que distribúa a pro-

priedade aglomerada nas mãos de alguns, e pela dependencia entre os eleitos e os eleitores, ou pela iniciativa e voto-directo. A solução catastrophica condemnará o voto secreto (foi o que occorreu na Russia); a progressiva terá preferencia pelo voto secreto, que auxilia a liberdade de eleição *antes de se completar a reforma redistribuitiva da propriedade.* Portanto: Democracia e Socialismo são a solução scientifica em vez da destruição daquella por este.

3. O "processo eleitoral", que seja o melhor para determinado povo e em determinado momento, é questão de facto. A totalidade deve *intervir:* alguma coisa deve ser reservada ao suffragio universal. E' a expressão do *poder estatal,* tanto mais imperfeita quanto mais imperfeitos os homens, mas nem por isto susceptivel de proscripção absoluta. As eleições e os referendá alemães mostraram que o Estado moderno nem sempre avança, no tempo, com a condemnação liminar da democracia. Proscrevendo-a, arrisca-se a *recuar,* — passo bem grave para quem estava disposto a derrubar todos os obstaculos á avançada. A' medida que se accentuar a valorização do homem, pelo socialismo, pela escola unica (realizadora da *igualdade* que o Estado demoliberal *proclamava* sem a *realizar*), decrescerá a imperfeição do suffragio. Demais, o suffragio universal póde associar-se a principios de voto-vector (voto em idéas, em principios, em partidos, e não em individuos), em respostas a grandes consultas do Estado, livrando-se, assim, dos seus maiores inconvenientes. Não sympathizamos com o processo eleitoral do fascismo; mas elle nos chama ao exame das formas possiveis. Já a Alemanha nos obrigara a meditar. Fala-se muito na necessidade de ser "livre" o eleitor. Que é que seria o eleitor

"livre"? O que vota segundo as suas preferencias occasionaes, as suas sympathias pessoaes? Seria pessimo eleitor. O que vota, segundo as indicações do partido, em pessôas? Não o seria menos. O que vota em partidos? Seria excellente, se estes partidos tivérem idéas; pessimo, se pessoaes. Para evitar os partidos pessoaes, o remedio é só admittir individuação de partidos pelos programmas. Dois partidos com as mesmas idéas são um só partido. Por onde se vê o bom eleitor depende da lei eleitoral que se adopta[1].

Não devemos, na Constituição, fixar minucias do processo electivo. Devemos deixá-las á legislação ordinaria, se bem que, no texto constitucional, tracemos directivas geraes. Tal convicção attende, na ordem pratica, á doutrina do Estado moderno, no qual o direito subjectivo publico não tém por conteúdo o interesse individual concernente ao exercicio das funcções estataes, — deriva, tão sómente, do reconhecimento por parte do Estado no adoptar este, *sponte sua*, as soluções actuaes mais consentaneas com o interesse geral da collectividade. O principio do suffragio universal, explicado como emanação do direito innato de igualdade, constitúe erro individualista, coessencial á concepção contractualista de ROUSSEAU, á epistemologia e doutrina ethico-juridica da philosophia kantiana. Aliás, os factos já haviam corrigido o apriorismo.

A eleição, no direito constitucional dos nossos dias, é *funcção social*. Não ha eleitores porque tenham direito

1. Em parte é certo o que pensa JOHANNES SCHAUFF, *Neues Wahlrecht*, Berlin, 1929, p. 13: a questão da capacidade funccional do parlamentarismo e, generalizemos, do regime representativo, repousa na questão do direito eleitoral; a crise está na falta de *forma*, para a extrinsecação politica da vontade, que se coadune com o organismo vivo de um Estado democratico.

a isto, e sim porque seja preciso que o povo, ou parte do povo, ou alguem que elle designe (eleições indirectas) exerça a funcção social da integração electiva. Integração dupla: pelo facto de decidir, ou de escolher, e pelo interesse psychologico, centripeto, do exercicio da funcção. Porque se trata de funcção social, a qualificação e o processo são problemas de technica politica. No Estado actual, é grande a sua importancia, mas, ou porque variem as circumstancias de cada povo, ou porque, em verdade, ainda se procurem as melhores soluções combinatorias, não é possivel a solução unica.

Todo systema eleitoral deve, inicialmente, satisfazer ás seguintes exigencias: *a*) suscitar nos individuos em idade e situação subjectiva de votar o exercicio da escolha pelas idéas (direcção, sentido) e pelas individualidades, mais por aquellas do que por estas; *b*) prestar ao eleitorado o serviço educativo, que resulta do exercicio do voto; *c*) reduzir a indifferença politica da parte da população que só se interessa pelos assumptos individuaes.

1. O Estado melhor, no momento do Mundo, com as adaptações a cada povo, é o Estado:

socialista;

liberal;

democratico.

Ou esta solução, ou as extremas. Não ha outras alternativas, *na realidade;* só ha nas theorias.

O socialismo corrige os máus resultados do Estado demoliberal: a liberdade e a igualdade *sómente* politico-juridicas; igualdade e liberdade só em duas dimensões sociaes, ou, quando muito, nas outras, *excepto na dimensão economica.* Ora, sem a relativa igualdade economica, todos os principios liberaes e igualitarios ficam sacrificados.

Não é na Italia, nem na Russia, que podemos colher a experiencia do embate "syndicalismo *versus* democracia". Num e noutro Estado, a solução só permitte que della tirem lição os que quiserem as constituições radicaes, — Estado soviético ou *stato corporativo*. A Alemanha é, no momento, o campo das experiencias, o laboratorio: Fausto não assignou o pergaminho; picou-lhe Mephisto, ou elle mesmo, a veia. Não assignou, porque a Alemanha ainda não desesperou, ainda não póde dizer, como o seu filho,

> Des Denkens Faden ist zerrissen,
> Mir ekelt lange vor allem Wissen.

A Alemanha pesquisa. Explora. Observa. Aprende. Corrige-se. E espera que o Espirito mostre a solução.

5. Não se deve procurar a formula que permitta a representação, segundo a concepção do Estado burguês. A democracia contemporanea reclama outra technica. Está feita pelo Seculo XX a critica do racionalismo representativista. Agora, o que se pretende é maior adequação entre os corpos governantes e as varias tendencias perceptiveis ou, melhor, captaveis (porque as tendencias individuaes não no são), que fazem parte (partidos, profissões, unidades politico-territoriaes) do cosmo dos valores. O poder tém de ser, não o que foi, — acção em nome do povo, ou do eleitorado, — mas orgão do povo e mecanismo esclarecido, sondador, *technico-contemplativo*, dos reclamos dos differentes circulos interiores do Estado, estructuras pequenas, mas aggregativas, onde se póde perceber, na heterogenia dos reclamos e nas coincidencias das vontades, a opportunidade dos "passos além" na *integração* do Estado e na solução harmonica dos problemas da vida.

As camadas horizontaes e as que se operam noutras dimensões têm, necessariamente, de *coparticipar* do governo. Linhas do plano horizontal partem o territorio nacional em provincias, em zonas economicas, em Municipios. São as divisões territoriaes. Outras linhas, em differentes dimensões, cortam a população em grupos profissionaes, crenças, convicções politicas; são as camadas espaciaes não-tridimensionaes. Se taes camadas não *participam* do governo, não se dará a participação social: ter-se-á a *representação* burguesa de 1891, com as linhas accentuativas dos Estados; a tendencia para se plantearem os problemas de interesses dos Estados componentes em funcção da representação dos Estados; a falta de corpo legislativo, que congregue antenas das differentes concepções partidarias e profissionaes, ou de differentes gráus na evolução do conceito de *Republica do trabalho.*

E' preciso que em cada membro da Assembléa haja um individuo *final,* alma que se veja, força de que se conheçam sentido e direcção. Assembléas modernas são corpos de vectores, e não de pontos, que se contem arithmeticamente e possam deslocar-se, livremente, *pessoalmente,* do Campo A para o campo B. Taes assembléas de typo autocratico, conservadas a despeito do representativismo *abstracto,* aprioristico, da burguesia republicana, constitúe "apropriação indebita" do poder. Reorganizá-las seria reorganizar a usurpação. Taes assembléas constituem, scientificamente, typos de *decisão* intercalares entre os processos technico-mathematicos dos jogos (o papel do sorteio ainda é hoje assaz grande no mundo juridico, tendo a importancia integrativa do jogo interessado a SIMMEL, no 1º Congresso alemão de sociologos, em 1910, *Verhandlungen,* 1911, p. 9) e os corpos que assegurem a participação social no governo. Estes é que pódem ser objecto das ambições e dos

legitimos propósitos de um legislador constituinte, conscienciosо, dos nossos dias.

Não é demais falar-se na convocação dos *fins da vida*, dos traços sociaes mais evidentes das personalidades politicas de todo o povo, da *socialidade da vida*, vida *dos sentidos*, como queria LITT[1], ou da cooperatividade da cultura.

E' preciso que os valores de ordem moral, economica, politica, se *effectivem*, porque elles só se effectivam na communidade, só aí se realizam, e a communidade vive delles. Quem diz communidade diz tessido, coexistencia de valores. O velho representativismo foi obra do racionalismo intemperante, do "realismo do conceito". Fez congressos sem qualquer realidade psychologica, sem qualquer substancia sociopsychologica que não fosse do dominio dos phenomenos individuaes. Circulo relativamente fechado, embutido, como corpo estranho, artificial, nos circulos reaes, vivos, da nação.

A funcção principal do Estado é dar o sentido da vida a cada momento, dentro de determinado circulo, — é identico, diz SMEND[2], a esta realização do sentido (*Sinnverwirklichung*). Tal realização de sentido é a sua *substancia*, e não só o seu *fim*.

Uma vez que o Estado tém a sua substancia na *realização de sentido*, precisa nutrir-se de sentidos, de elementos vitaes, de puras realidades animicas, que distingam, *de verdade*, as camadas sociaes nas tres dimensões e em todas as dimensões sociaes.

Assim, na technica constitucional, não satisfaz a solução da votação individual puramente arithmetica; é

---

1. THEODOR LITT, *Individuum und Gemeinschaft*, 2.Aufl., 1924, p. 323 s. (Sozialität des Sinnerlebens).

2. RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, p. 45.

preciso que cada voto exprima mais do que unidade arithmetica: ha de ter sentido e direcção. Este problema pertence á technica eleitoral, á politica da representação. Funcção mais *legislativa ordinaria* do que *constitucional?* Na Constituição, só se devem incluir preceitos geraes? Assim se lhe garantem maior plasticidade e maior duração. As linhas geraes têm de estar na Constituição.

A personalidade de cada cidadão deve ser portadora de convicção. O Estado contemporaneo presuppõe as *convicções* e precisa dar os meios para que ellas sejam. De tal substancia é que se faz o Estado, e não de numeros.

Technicamente, o que hoje se quer é que os eleitores fiquem livres do influxo do candidato e que, ao mesmo tempo, pela extensão das lutas, a eleição não se torne, de todo, impessoal. Solução: listas pequenas, districtos eleitoraes menores[1]. E não só: formar maiorias claras. Mas quer-se isto na Alemanha, onde já se conseguiu substituir á *escolha de representantes* a *decisão sobre a direcção politica do Estado,* onde NAWIASKY póde dizer que a eleição não é mais *exercicio* de *direito individual,* e sim *funcção social*[2]. No Estado das massas, decisões das massas. E' o meio de evitar que ellas se pronunciem *fóra do Direito.*

---

1. *Entwurf der Reichsregierung*, Berlin. 1930, p. 29.

2. H. NAWIASKY, *Wahlrechtsfragen im heutigen Deutschland*, em *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 20 (1931), p. 190: «Die Wahlen sind heute nicht mehr eine Auswahl von individuellen sachverständigen Vertretern, sondern die Entscheidung über die politische Führung des Staates. Zum zweiten: die Wahlen sind nicht mehr die Ausübung individuellen Rechte, sondern soziale Funktionen».

CAPITULO II

ORGÃOS DO ESTADO E DISTRIBUIÇÃO DAS FUNCÇÕES

Antes de entrarmos no assumpto deste Capitulo, convém attendermos ao seguinte: uma coisa é distincção das funcções do Estado em legislativa, executiva e judiciaria, e outra a separação absoluta dos poderes segundo tal criterio distinctivo. Quer se adopte o principio da separação absoluta, quer não se adopte, a distincção existe, porque é de ordem material.

1. *Visão do mundo actual*

O problema da distribuição das competencias organicas é um dos mais largos e intensos da doutrina do Estado. No terreno politico-juridico, o criterio com que a technica constitucional descobre a formula aconselhavel, ou com que o poder constituinte adopta as linhas distinctivas formaes ou de allusão material, é um dos mais delicados, assim para os technicos como para os sanccionadores das constituições. Muitas vezes, o encadeiamente historico, em vez de aclarar, perturba e turva a pesquisa da formula melhor. Tém-se "por ter funccionado bem" o que "muito tempo" funccionou. Condem-

na-se por tumultuador o que apenas talvez fosse a valvula providencial das forças sociaes comprimidas pela casca formalistica do Estado.

As grandes revoluções dos Seculos XVII e XVIII marcam momentos definidores das lutas pela supremacia do povo contra o principe. Contra a *lex animata* deste, insurgiu-se, servida de finas elocubrações philosophicas e theologicas, a vontade do povo, querendo, para si, a missão de revelar a *regra juridica*. A tal missão dava-se a traducção seguinte: é o povo que deve obrigar-se; é elle que póde criar limitações, deveres de impostos, encargos de ordem não patrimonial ou patrimonial de outra natureza. Electivos os Parlamentos, comprehende-se que lhes fossem todos os poderes de legislar. A tal solução simplista do absoluto valor formal da lei seguiu-se o privilegio *parlamentar* da producção da norma juridica, cumulando nos proprios methodos restrictivos de interpretação literal. De MARSILIO DA PADOVA, NICOLA DA CUSA e MONTESQUIEU aos escriptores do Seculo XIX, que procederam á distribuição das competencias organicas segundo o principio do povo poder legislativo e do principe *executor legum*, a doutrina ganha em precisão theorica e efficiencia pratica. Mas, jogando com os dados historicos iniciaes e com os argumentos philosophicos do tempo em que o principe e o povo se contrapunham, *não viram* os doutrinadores que se operara mudança nos dados historicos. O Executivo tambem passara a ser eleito. A lição aristotelica da subordinação do principe á lei e a concepção romanistica das leis serviram ás reivindicações democraticas, mas levaram á usurpação do poder de revelar a regra juridica por parte de um corpo, de cuja sciencia e intenção nem sempre se podia fiar. Demais, a electividade do Poder executivo viera enfraquecer os argumentos dos primeiros tempos, notadamente aquelle que se refere

á necessidade de retirar ao principe o poder de legislar.

A concepção com que se fizeram as constituições do Seculo XIX, inclusive a Constituição brasileira do 1891, foi a de distribuirem-se as competencias em obediencia ao *dogma da separação dos poderes*. Aos outros phenomenos de symetria com os povos da America seguira-se, normalmente, mais este, que era o da discriminação exclusivamente *subjectiva*, consagrada nas constituições e accentuada nas Declarações de Direitos[1]. O Seculo XIX enche-se de tal convicção, endurecida pelos raciocinios philosophicos, pelo elemento kantiano e rousseauano da construcção do direito publico republicano-democratico. Qualquer livro, que se folheie, desenrola, fecundo de consequencias geometricamente inflexiveis, o dogma da distribuição subjectiva absoluta. Nenhum dos autores consegue abrir uma janela que ventile, de critica ou de noções novas, o salão fechado do apriorismo politico-juridico do Seculo XIX, extraido á primitiva separação empirica das lutas dos Seculos XVI e XVIII. No Seculo XIX e no começo do Seculo XX ha uma excepção á equanime aceitação do dogma, que é a de um Estado brasileiro, escapo, por suas ligações philosophicas, originariamente criticas do racionalismo politico dos Seculos XVII e XVIII: o Rio Grande do Sul. O historiador do apriorismo distributivista dos tres seculos kantianos terá, na perspectiva, de colorir e separar da homochromia americana o exemplo dispar.

Mas a vida, que difficilmente suporta as compressões das tenazes ideologicas puramente intellectuaes, como a do racionalismo victorioso no direito publico,

1. G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*. Freiburg u. Berlin, 1887, p. 56 s.

reagia, correctivamente, em crises, ou a criar, com a sabedoria immanente á mecanica social, as medidas attenuadoras da rigidez distributiva. Em quanto o direito, mais estavel que a politica, trabalhando com os textos, incessantemente invocados ao funccionar a concepção do individualismo juridico, que corre parelhas com o dogma da separação no Seculo XIX, cimenta, com as soluções jurisprudenciaes e a inteireza, coherencia e solidez systematica, a doutrina politica de KANT, de MONTESQUIEU, de ROUSSEAU, e dos constituintes americanos, sómente alguns espiritos, preoccupados com o problema scientifico, epistemologico e methodologico, reexaminam, á luz das convicções sociologicas em formação, o *problema da regra de direito*. Por outro lado, passando ao direito publico positivo, apontam a contradicção da exclusividade do poder legislativo em relação aos seus resultados como *technica* e como *representação effectiva do povo*. A vida criara a delegação de poderes; mas, agora, é a sciencia mesma que procede á critica da distribuição *subjectiva*. Os frutos já se estão a colher.

Nas constituições recentes da Europa, procurou-se reforçar o Poder executivo como solução nova ás relações entre tal poder e o Legislativo. Democratico, tambem, hoje, o Executivo, não se trata de regressão, mas de reajustamento. Rigorosamente, se o povo elegesse um homem para redigir uma lei seria o mesmo que eleger vinte, duzentos, dois mil: a legislação seria igualmente democratica. Ora, a experiencia mostrou que as assembléas se tornaram corpos autonomos, desligados do povo, de modo que a personalidade de um homem não seria separação maior entre a *vontade geral* e a *lei* do que a entidade transindividual e transpopular das assembléas. Portanto, nos nossos dias, o reforçamento do Executivo, nos paises parlamentaristas, onde se sentiu o monopolio ou usurpação governamental do Parla-

mento, a rehabilitação do Legislativo, nos paises que a devem querer, como o Brasil, onde o presidencialismo degradou o Congresso, apenas constitúe solução de *technica constitucional* dentro da democracia. Se a linha separativa avança para um lado, ou para outro, nada importa para a doutrina democratica: os dois polos são democraticos. Se, no Estado fascista, a solução é anti-democratica, resulta de elementos estranhos: o Fascismo não concebe democraticamente nenhum dos poderes. O phenomeno de deslocação do traço que distribúe as funcções de nenhum modo está ligado ao da technica democratica. Constitúe problema á parte. Tanto assim que, onde se reforça o Executivo, póde a Constituição cogitar, por outro lado, da revogação dos poderes do Chefe de Estado ou do governo, mediante os novos expedientes de democracia directa. A confusão entre os dois problemas leva a criticar-se a democracia pelos defeitos do parlamentarismo em si ou das raias em que elle, excessivo, se exerce, e a pensar-se que a necessidade de confiar ao Executivo certas medidas e leis implica a condemnação dos principios democraticos. A perturbação das idéas no terreno politico do Seculo XX assenta, em grande parte, na confusão de conceitos. Felizmente, nos Estados de cultura politico-juridica evitam-se as consequencias maiores. Se vemos na Alemanha e noutros Estados, a technica da distribuição dos poderes descer a minucias e requintes, tambem lhes assistimos ao proposito de avivar a democracia pela iniciativa popular e pelo referendum.

Até o nosso tempo, o Parlamento oppunha-se ao Principe. Toda conveniencia havia em precisas separações de poderes, que tirassem ou impedissem ao principe a funcção de legislar. Com a democracia, o fundo popular dos dois poderes é o mesmo. Se ha conveniencia em redividir o campo de actividade, a democracia

não está em causa. Ella volta ao scenario quando se criticam aos dois poderes a sua frequente discordancia com a vontade geral *ordinaria* e com a vontade geral *constituinte;* donde dois problemas differentes: vigilancia dos poderes pelo povo (referendum); defesa da Constituição. Nenhum dos dois se prende ao da redistribuição das funcções dos Poderes executivo e legislativo. Se, porém, a redistribuição se faz no sentido de tudo, ou quasi tudo, se dar ao Executivo, ou a um corpo, que não é responsavel, tém-se a *ditadura.* Ditadura não significa governo de um só; se um Estado fizesse eleito pelo povo um individuo, que lhe elaborasse as leis, com possibilidade de referendum, não seria ditatorial. Seria tão democratico quanto o que elegesse duzentos ou dois mil deputados.

Na Tchecoeslovaquia, as duas Camaras elegem, segundo a representação proporcional, permittidas as coalições, commissão especial de 24 membros (16 da Camara, 8 do Senado), para que, na ausencia das Camaras, possa promulgar leis "provisorias" e exerça as funcções de vigilancia parlamentar ao poder governamental e executivo. Cada membro tém o seu supplente. Procede á eleição após a constituição das duas camaras; quando uma dellas se renova, elege os seus membros na commissão. A legislação póde versar sobre qualquer materia, excepto: *a*) eleição do Presidente da Republica ou seu supplente; *b*) modificação das leis constitucionaes, ou competencia das autoridades administrativas, salvo se extender, por attribuições novas, os poderes de autoridades já existentes; *c*) imposição de encargos novos e duraveis, aggravação das obrigações militares, oneração, por forma duravel, das finanças do Estado ou alienação dos bens publicos; *d*) autorização para declarar guerra. O § 54 desenvolve, com pormenores, a concepção tchecoeslovaca. Trata-se de legislação proviso-

ria; mas, de qualquer modo, redistribuição das funcções publicas. Tambem na Lettonia, o art. 81 da Constituição autoriza o Conselho dos ministros a promulgar decretos-leis, na ausencia da Diéta, a que deverão ser apresentados tres dias após a retomada dos trabalhos, sob pena de perderem o vigor.

Na Polonia, a solução é a de origem monarchica, que consiste em investir o Executivo dos poderes legislativos orçamentarios na ausencia da Diéta.

Como quer que seja, ha a tendencia para se deixar preenchido o vacuo de tempo causado á legislatura pela expiração do mandato das Camaras ou pela dissolução. Desde que o corpo investido, ou o individuo, seja de escolha popular, directa ou indirecta (Tchecoeslovaquia), a democracia não é attingida.

Quem, nos nossos dias, na hora que vivemos, se propõe formular a regra de distribuição das competencias organicas deve *partir*: I) das criticas existentes ao dogma da separação subjectiva; II) dos resultados scientificos da epistemologia e da methodologia juridica; III) da technica contemporanea das delegações legislativas como processo material; e *querer* que os textos constitucionaes attendam, em dia, ás acquisições. No fundo, o problema de qualquer trabalho scientifico de politica effectiva: ligar a premissas no indicativo a premissa no imperativo, para que seja imperativa a conclusão.

I. A primeira critica que se faz á elaboração das leis só pelo Poder chamado legislativo é a de que, nos factos, se mostrou insufficiente. (As delegações legislativas vieram prová-lo. Mais: recorre elle, a cada momento, a commissões estranhas ao seu seio. Ainda mais: não é um corpo technico, nem attento ás necessidades da administração. Tudo isso é perfeitamente justo.) Ou-

tra censura consiste em apontar casos de divergencia entre a lei votada e a opinião publica. Ora, esse e os demais ataques pódem ser traduzidos em poucas palavras: a crise da democracia *representativa*. No fundo, a descoberta de que a democracia representativa foi processo transitorio, com que a burguesia, ao dobrar do Seculo XIX, aproveitou, *para si*, a doutrina philosophica da lei "expressão da vontade geral". Bem vale a pena descer a maior estudo.

Tém-se procurado estudar a divergencia e, agora, deante dos factos, que são o direito positivo de tantos Estados, a combinação do referendum com o parlamentarismo. Um dos vicios da questão está justamente nos termos em que se pôs. A presumida discrepancia, antes affirmada, e a combinação, que os textos de hoje mostram ser possivel, dão-se entre a democracia directa e a representativa, e não só entre ella e o parlamentarismo. Em todo o caso, aggrava-se o problema quando situado nos paises parlamentares.

Na Constituição francesa de 1793, que foi votada porém não applicada, devido á suspensão immediata pelo governo revolucionario, consagrava-se, em toda a sua pureza ideologica, a doutrina da lei fruto da vontade geral, donde ser necessaria á legislação elaborada pelos representantes a sancção tacita ou expressa do povo. "La loi", dizia o art. 4 da Declaração de Direitos de 1793, "est l'expression libre de la volonté générale". A escolha dos representantes não significa a alienação dos direitos do povo, não cessa este, por ella, de ser decisivo. Se lhes desapprova os actos, não valem estes. Qualquer outra intervenção, que attribúa aos legisladores poder de legislar contrariamente á vontade geral, traria a contradicção entre a definição mesma da lei e as leis votadas pelas assembléas.

Em luminosa intuição, a doutrina democratica do

Seculo XVIII apontava os representantes como apparelhos de transição, algo que diminúe á medida que o povo se habilita á solução directa dos seus problemas. ROUSSEAU, no *Contrat Social*, escrevia que os povos são como os individuos: em quanto na infancia e em estado de menoridade, precisam de tutores ou de representantes, monarca ou Parlamento, que lhes possam gerir os negocios. Noutro lugar disse: "La volonté générale ne se représente point; elle est la même ou elle est autre; il n'y a pas de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que des commissionaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement".

De posse da Revolução, que se operava, a burguesia introduziu a technica constitucional que lhe serviria, — a technica que lhe permittise, *com os principios vencedores* (lei = vontade geral), dominar as massas. A eleição teria de *organizar* a Legislatura *acima* do povo. Seria o conjunto popular simples apparelho eleitoral. Entre a Constituição de 1793 e as outras, o povo desce de governante a governado. Mediatizado elle, o verdadeiro elaborador da lei é o Parlamento. Tudo isto agradaria á burguesia e a MONTESQUIEU. O Seculo XX evidenciou que tambem apraz aos grandes capitalistas, com o seu exercito de parasitas na politica e nas profissões. (Por isto mesmo, a representação das classes adeantaria muito pouco.) Afim de obviar á inercia da Legislatura, a technica contemporanea appella para as leis de iniciativa popular ou de centros technicos, inclusive proletarios; afim de obviar á má actividade legislativa das Assembléas e ás más Assembléas, para o referendum. Guinada historica para o lado de ROUSSEAU. Mas, se descemos ao fundo do nosso tempo, se levamos em conta o seu proposito de lei certa, de lei *dentro* do sentido do Estado, teremos de convir em que, ao mesmo tempo que

se fortalece a vontade popular, se assentam maiores exigencias da technicidade da lei. Nem sómente ROUSSEAU, nem só MONTESQUIEU.

Para MONTESQUIEU não é a vontade que cria a autoridade. A autoridade deve estar na Razão. Mas onde a Razão? Na lei antiga? Não basta. Seria a parada, o despotismo. MONTESQUIEU via o fim; pertence ao numero daquelles que querem a eliminação das vontades (o que têm o caracter de *razão* deixou de ser *vontade*). O que elle queria era que se chegasse, de vagar, ao Estado *adespotico*, ao Estado esvaziado de toda a vontade, ao Estado hierarchizado, porém sem aristocracia. O caminho *democratico*, para elle, não é caminho; porque toda democracia suppõe vontade e toda vontade despotismo. ROUSSEAU parte do opposto: o querer é que faz o governo e a lei; os orgãos intermediarios são obstaculos, são vidros entre a clara manifestação da vontade popular e os productos legislativos, que são as leis. As proprias deliberações populares são orgãos, ainda que tomadas de todos. MONTESQUIEU, inimigo do referendum; ROUSSEAU, apologista. A verdade está com um e com outro: a lei deve ser *acerto* (*razão*, diria o *Esprit des lois*), mas precisa da adhesão do povo, da sancção (*da vontade geral*, diria o *Contrat social*). A verdade estava com ambos, mas a sciencia do tempo não lhes permittia exprimir: no sentido da evolução, o despotismo decresce; o infinito será igual a zero. Zero de despotismo, de violencia; quer dizer: não a ausencia de Estado mas o Estado *insensivel*, como não se *sente* a machina que não emperra, que *não força*.

A escolha dos representantes não é perfeição, é defeito; porque ou o povo aceita o que elles fizeram, ou não aceita; se aceita o que lhe desserve, torna-os senhores; se não aceita, precisa, para não aceitar, destruí-los. A tragedia está em que o povo ainda não se basta e em

que a lei não prescinde da funcção especifica, que é servir a vida social, e do assentimento popular, que a realize. Toda discussão e construcção constitucional gira em torno da lei. Todas as technicas aí se concentram: a da liberdade, a da democracia, a da distribuição dos poderes, a da defesa das proprias technicas adoptadas.

Todo processo de elaboração da lei que não seja pela *livre adhesão* é transitorio. A melhor formula é a que, em determinado lugar e tempo, fôr mais efficiente. Quem diz livre adhesão diz democracia directa livre, E' a méta, o ponto final para que se caminha. Na longa estrada, vêem-se o Principe que dita a lei, o Parlamento que a faz (com poderes populares mas com a liberdade de fazê-la contra o povo), o referendum. São as fórmas passageiras dos orgãos elaborativos. De todas, scientificamente, a melhor é o referendum. Que é que se pede a uma lei? Que seja *acertada* e que a ella *adhira* a opinião. Em vez do phenomeno realizar-se pela conversão do projecto politico em lei, monopolizadas pela assembléa não technica e desligada do povo a *feitura technica* e a *adopção*, realiza-se pela elaboração por technicos e a submissão ao povo, directamente, ou em gráu de recurso. Imperfeitamente (em Politica, tudo que é *feito* constitúe imperfeição, porque a perfeição seria o zero de governo), ter-se-iam: a elaboração technica e a sancção popular.

Além das commissões technicas, parlamentares ou não, e da educação legislativa, de que assaz se descura nos cursos juridicos, é preciso permittir que o povo se *pronuncie* pela lei, quando o Chefe de Estado, o governo, ou certo numero de membros do Poder legislativo. ou corpos technicos entendam que se deve, em ultima instancia, recorrer ao referendum.

II. Já em 1812, HUGO mostra, em phrases incisivas e perfeitas de fundo e de forma, que as leis não são a unica fonte do direito, das verdades juridicas. Mais: a lei é apenas uma iniciativa[1]. Aliás, J. MÖSER, no seculo anterior, prepara o caminho. PUCHTA e SAVIGNY desenvolvem as idéas de HUGO. Em 1888, EUGEN EHRLICH formula e fundamenta o principio da lacunosidade das leis[2], — nas pegádas de BÜLOW (1885), que attentara nas falhas dos textos e cogitara da funcção criadora que devia caber ao juiz[3]. Daí procedem o livre descobrimento do direito de EHRLICH[4], a livre pesquisa de GENY[5] e a extracção scientifica, experimental e inductiva, que sustentámos em 1922[6]. Criam o direito o legislador, o juiz e os demais individuos preoccupados com a revelação do direito: taes a concepção da *freie Rechtsfindung*, a do *freies Recht*, a mais avançada de KANTOROVICZ. Em 1900, JUNG nega a supposta plenitude logica do direito[7],

1. HUGO, *Civilistisches Magazin*, Berlin, 1875, vol. IV, no artigo *Die Gesetze sind nicht die einzige Quellen der juristischen Wahrheiten* (fasc. de julho de 1812), ps. 89-134.

2. EUGEN EHRLICH, *Über Lücken im Recht*, em *Juristischer Blätter*, Wien, 1888, vol. 17, p. 447s.

3. O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, ps. 1-10, 39-48.

4. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903, ps. III, IV, passim.

5. F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899. 2ª ed., Paris, 1913, vol. II, ps. 74-190.

6. PONTES MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro 1922, 2 vols.; — *Rechtsgefühl und Begriff des Rechts*, Berlin, 1922; — *Subjektivismus u. Voluntarismus im Recht*, Berlin, 1923, passim.

7. ERICH JUNG, *Von der «logischen Geschlossenheit des Rechts»*, Berlin, 1900, p. 20s. — *Das problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912, ps. 11-16.

ao que ERNST ZITELMANN accrescenta[1]: as lacunas são inevitaveis. Donde podermos tirar: que ha lacunas (BÜLOW, EHRLICH); que são inevitaveis (ZITELMANN); que a plenitude logica não basta a preenchê-las, porque não existe tal plenitude (JUNG). Deante de taes convicções, tinha-se de procurar a criação consciente e scientifica, noção progredida, superior á da lei fundada na natureza das coisas (MONTESQUIEU), com a qual ADICKES pretendia preencher as lacunas[3], á de STAMMLER[4] (direito natural ou conteúdo variavel) e ao modernismo de ERNST FUCHS.

Politicamente, precisamos saber "para onde vamos", afim de rumarmos para lá os nossos propositos de integração estatal. Sabida a méta, descobre-se o caminho.

A méta é a da *livre revelação do direito*. E' a isto que devemos chegar, como em todas as sciencias. Problema de feitura de leis é problema scientifico. Exige dados que permittam *prever*. Mas é preciso que as massas humanas *adhiram* ás novas leis, e as *adoptem*, como adhe-

1. ERNST ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, p. 27s.; K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1907, vol. II, p. 165; STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, em *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband*, Tübingen, 1908, vol. II, p. 474; ANSCHÜTZ, *Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen*, em *Verwaltungsarchiv*, Berlin, 1906, vol. 14, p. 334s. Cp. PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, vol. I, p. 486, nota 4.

2. THEODOR STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, 1904, vol. I, p. 124s.

3. F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Cassel u. Göttingen, 1872, ps. 22, 23.

4. RUDOLF STAMMLER, *Wirtschoft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1914, p. 174: «ein Naturrecht mit wechselndem Inhalte».

rem ás novas conquistas scientificas e *adoptam* os novos sôros. E' o que a Sociologia nos diz decorrer das proprias leis do mundo; porquanto: I. A lei da democratização dos processos de revelar o direito resulta da progressiva diminuição do elemento despotico, como esta do principio da crescente estabilidade. II. O principio da progressiva diminuição do *quantum* despotico e o da dilatação dos espaços sociaes são correlativos; por conseguinte, dilatados os circulos sociaes, necessariamente se operará a variação dos processos de elaboração do direito. As assembléas politicas actuaes são correspondentes aos Estados do periodo que atravessamos. Modificam-se, aos poucos, com o proprio desprestigio publico, quer dizer — com a sensivel perda do valor opinativo ou autoritario. III. A elaboração do direito pelos reis, pelos parlamentos, pelas assembléas ou congressos, pelos corpos legislativos e pelo juiz, pela consulta ao povo (referendum), etc., ainda constitúe processo *autoritario*, opinativo, da criação da lei, se bem que decrescente o elemento *vontade*: é o regalismo legislativo, sob as suas mil feições historicas, mais graves ou menos graves, porém todas imperfeitas, artificiaes. Já esteve a sciencia sob os mesmos jugos. IV. A sciencia já se libertou. Porém não em *todos* os seus ramos. O direito, por exemplo, continúa escravo. Todavia, com o tempo, melhorou a sua condição e tende a libertar-se. E porque melhorou? Porque a cultura se extendeu a maior numero e o ensino se oppôs ao livre exercicio da actividade despotica e opinativa. Progressivamente se avança para a democratização dos processos de revelar o direito, o que se fortalecerá com a investigação scientifica, que — no Direito, na Economia e na Sociologia como na Physica, na Chimica, na Biologia e nas demais sciencias, — independe de *corpos deliberantes* que se tornariam *superfluo violento*, subjectivo, da proclama-

ção das verdades scientificas. As assembléas politico-legislativas são correspondentes ao Estados do periodo que atravessamos. Modificam-se, aos poucos, com sensivel perda do valor opinativo e autoritario.

III. Só nos interessa, aqui, a delegação legislativa material, porque a outra, a formal, depende da distribuição constitucional e constitúe uma das partes do problema technico do constituinte. A tradição das Declarações de Direitos é no sentido da tripartição absoluta, pelo menos em these, tendo-se chegado a uma especie de *personificação dos poderes*, pela immanencia das funcções, e a perfeita coincidencia entre a differenciação *material* e a *formal* (lei é *igual* ao que sáe do Poder legislativo). Differenciação subjectiva dos orgãos. Nenhuma lei fóra do orgão legiferante. A rigidez das finas escisões anatomicas, que só o apriorismo sabe fazer. A vida, organica como é, reagiu. A restauração francesa pretendeu restituir ao principe a *plenitudo potestatis*, sem tentar vencer ou, sequer, se oppôr á corrente revolucionaria, evidentemente indomavel. Aí temos nós o x da equação. Contra a repartição aprioristica falavam duas experiencias: a Constituição de 1791 e a dos E. U. da America do Norte. 1841 marca novo passo na doutrina do Estado: o do primeiro acto, acto-*critica á exclusão integral do Poder executivo na funcção da lei*. Em vez de pura separação, *coordenação*. Sob outras formas, o facto se reproduziu por todo o mundo, alterando o conceito da divisão dos poderes.

Na Alemanha anterior a 1918, as delegações de poderes tinham de ser delegações de competencia, pela natureza legislativa *ratione materiae* do acto. Impunha-se o conceito de *delegação*: só o preceito de lei formal determinaria a competencia excepcional; o poder conferido tinha de ser o mesmo que, pela Constituição, com-

petia ao legislador. A' autoridade judiciaria cabia verificar o respeito aos limites dados, em sua materialidade, pela lei formal. Na Constituição de Weimar e nas dos paises alemães, persiste a distincção entre regulamentos administrativos e regulamentos normativos[1]. De modo que os tratadistas retomaram a doutrina da delegação, pela qual se legitima a *attribuição* excepcional de competencia do executivo[2]. (Lembra-nos, incidentemente que, na Constituição alemã se adoptou a *graduação* do poder legislativo do *Reich ratione materiae: a*) competencia exclusiva do *Reich*, art. 6; *b*) competencia não exclusiva, arts. 7, 8, 9; *c*) competencia do *Reich* para fixar os principios fundamentaes, artigos 10, 11.)

O poder regulamentar do Executivo tém o seguinte caracter: *a*) *normativo*, no caso dos arts. 48, 179, por *distribuição* constitucional: *b*) só *administrativo*, no caso do art. 77; *c*) *normativo*, quando houvér delegação do Legislativo, que deve ser especifica[3]. A opinião de POETZSCH[4], que sustentava ser necessario texto constitucional para se conferir competencia excepcional, ficou sem seguidores. Entende-se que houve distribuição de competencia material e que, ainda consagrada a noção formal de lei, não se vedou que parte da materia legislativa se deixe, por decisão especifica do orgão

1. Baviera, §§ 61, 67, 75; Wurtemberga, §§ 35, 41, 72; *Reich*, art. 77.

2. E. HUBRICH, *Das demokratische Verfassungsrecht des deutschen Rechts*, Greifswald, 1921, p. 165 s.; H. TRIEPEL, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1920, p. 470.

3. SCHOEN, *Die Verordnungen und die neuen Verfassungen*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1924, p. 250.

3. POETZSCH, *Verfassungsmässigkeit der vereinfachten Gesetzgebung*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1921, p. 164 s.

legislativo, á explicitação sob a forma de acto do poder regulamentar.

Na Italia, a Lei n. 100, de 31 de janeiro de 1925, veio transformar a doutrina italiana. Antes, as delegações eram largamente admittidas, como delegações *formaes* e como delegações *materiaes*. A Lei de 1926 adoptou distribuição *institucional* (não já *material* só) das competencias legislativas. Ao Governo compete regulamentar a execução (art. 1), quer dizer *infra* e tambem *praeter legem;* mais (n. 1 do art. 1): desenvolver, logicamente, os principios contidos nas leis (estas são *limites*), e organizar, se bem que dentro de certos principios, como as garantias dos juizes, a inamovibilidade de certos funccionarios (n. 3). Reconhece-se e consagra-se, no novo direito escripto, a delegação *formal;* porém, como faltava, no direito constitucional italiano, a differença entre lei constitucional e lei commum, entendeu-se que a *attribuição* de competencia valia o mesmo que *distribuição*. Não ha confundir os decretos-leis, não susceptiveis de apreciação judiciaria, e os decretos legislativos, quer se trate de lei ou de regulamento delegado[1]. Quanto aos dois ultimos, tambem ha differença: decretos legislativos, no sentido estricto, só outra lei muda; regulamentos delegados podem por outro ser mudados[2]. Alguns autores entendem que, no direito italiano, as leis delegadas (decretos legislativos) não são leis formaes, — têm efficacia de lei formal quando[3] contidas

1. Borsi, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1926, p. 191.

2. Saltelli, *Potere esecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926, p. 209.

3. Santi Romano, *Corso di diritto costituzionale*, 1925-26, Padova, p. 240 s.

nos limites da delegação. Daí a apreciação pelo Poder judiciario.

No estado actual da technica, as convicções assentes são as seguintes:

1. O Poder executivo excede os poderes: *a*) respeito á materia, se o decreto legislativo contém normas concernentes a objecto não comprehendido na delegação (excesso material); *b*) respeito ao tempo, quando feito o decreto depois de expirado o prazo para o exercicio da attribuição, ou antes delle, ou depois de haver o Poder legislativo legislado sobre a materia[1] (excesso temporal); *c*) respeito ao espaço, se a lei só se refere a determinado territorio e o Executivo decreta regra para outros, ou, se para tudo, só o faz para uma parte (excesso espacial).

2. O Poder regulamentador que recebeu delegação para regulamentar póde alterar a lei delegada (decreto legislativo).

3. A lei delegada (decreto legislativo) não precisa de ratificação. Só precisará no caso excepcional de estar tal exigencia incluida na lei delegante.

4. A delegação deve ser expressa, porém não está sujeita a formulas fixas. O conteúdo póde ser limitado quanto ao tempo, ao espaço e á materia e, em geral, quanto aos criterios inspiradores[2].

5. Concluamos:

O problema das relações entre os Poderes executivo e legislativo é de ordem politica e, até certo ponto,

---

1. Cp. SABINI, *La funzione legislativa e i decreti legge*, Roma, 1925, p. 280.

2. SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, 1925-26, Padova, p. 242 (não allude aos limites espaciaes).

moral[1]. Politico tambem — e ethico, necessariamente, — o problema de saber como é possivel compôr ou dispensar a acção dos corpos legislativos[2]: a separação rigorosa de poderes, a absorpção da funcção legislativa pelos Parlamentos, passará, como já se iniciou a parcial deslocação; aliás, nunca foi possivel realizar-se integralmente, porque era a formula *a priori*, com que se pretendia canalizar e monopolizar, de modo absoluto, a elaboração do direito, tirando-se ao povo, á sociedade, á mecanica social, para dar a um *grupo*, a missão exclusiva de revelar ou de descobrir a regra juridica. Tal grupo não era technico, mas satisfazia a exigencia de ser representativo. Dá-los a technicos, sem a representatividade, seria a ditadura. Um erro não se corrige com outro. Como resolver? O problema é complexo; precisa ser visto por todos os aspectos e ao Capitulo III caberá concluir.

3. *O Poder executivo*

A sorte do Poder executivo, ao tempo dos Reis, era a sorte do Rei. O regime parlamentar scindiu-se. A luta entre o Executivo e o Legislativo, que era, em verdade, entre o Legislativo e o Rei, substituiu-se ao esforço eleitoral para a maioria dentro do Legislativo, afim de se formar o Ministerio. Onde se installaram Republicas presidencialistas, a origem popular dos dois poderes criou a preponderancia do Executivo, sob a vigilancia do Judiciario, que passou a exigir a ambos o respeito

---

1. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 508.

2. PONTES DE MIRANDA, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. II, p. 475.

da Constituição. E' interessante notar que, no Estado de regime parlamentar attenuado, como a Alemanha, onde a guarda da Constituição mais compete ao Presidente, o Povo, pelo referendum, retomou o seu direito de vigilancia.

Com a desapparição da formula Rei-Executivo, o problema das relações entre os poderes passou do terreno doutrinal para o technico. A Sociologia, a Sciencia Politica, a Politica Juridica, e a Technica Juridica constitucional, o Direito emfim, tornaram-se, em vez da dialectica politica, os campos em que o legislador constituinte tém de buscar as suggestões principaes. Principaes, dissemos; porque fôra erro admittir a propria technica desligada das concepções do universo e da vida. No fundo, foi essa concepção do mundo e do homem que mudou.

Onde o defeito notado foi a *supremacia*, ao mesmo tempo que occorria a *insufficiencia* do Legislativo, os remedios tinham de ser, um peculiar ao regime parlamentar, pois que se tratava de corrigi-lo (reforçamento do Executivo), e os outros communs aos dois regimes, parlamentar e presidencial, porque em ambos se manifesta a *insufficiencia* de Legislatura. (Por isso mesmo, as ditaduras do typo sulamericano foram caudilhescas e sem qualquer ligação com o phenomeno europêu da necessidade de fortalecer o Executivo. Precisava-se, exactamente, do contrario. Sómente poderiam justificá-las intuitos de implantação de democracia radical, de quebra dos apparelhos "desdemocratizantes" da chamada democracia representativa, ou do passo firme no sentido da socialização. Fóra daí, as ditaduras dos Estados presidenciaes tinham de ser regressões violentas: hypertrophias de um Poder já viciosamente hypertrophiado, o Executivo.)

Nos proprios Estados parlamentaristas, os factos

não se deram uniformemente. Onde havia absolutismo ou pseudo-parlamentarismo, a solução immediata, em reacção mecanico-physiologica, foi a supremacia do Legislativo. Depois, cessado o reflexo, e deante de circumstancias que reclamavam actuação energica, univoca e central, foi que se cogitou das reformas constitucionaes no sentido de revigorar o Executivo.

A lição dos Estados parlamentaristas de nenhum modo serve aos presidencialistas. Nestes, havia o mal commum da *insufficiencia* do Legislativo, porém, em vez da *supremacia*, era a *dependencia* que se verificava. O remedio não poderia, nem póde ser o mesmo. Reforçado o Executivo, matar-se-ia o poder já agonizante, que era o Legislativo. Fôra organizar, nas Constituições, o despotismo, as ditaduras constitucionaes temporarias. (Salvo — este ponto é particularmente importante — mediante technica efficaz de democracia, que evitasse entre o Executivo e o povo o phenomeno da *desligação*, que se deu, entre o Legislativo e o povo, no regime condemnado. Seria o Executivo forte, com a nova technica democratica das iniciativas populares e do referendum, sanccionador e cassatorio. Onde, porém, situar a guarda da Constituição? Seria novo problema.)

As oscillações entre o augmento da supremacia do Legislativo e do poder pessoal[1] ou do Executivo são, nos dias que correm, um *pis aller*. O problema, que se ergue deante de nós, é differente: no cerne delle está a socialização; em torno, a criação da nova technica da democracia e da liberdade.

---

1. Daí a transitoriedade das Ditaduras, ou o papel extracontemporaneo que ellas exercem. Frutos do passado, reacções de elementos pessoaes, hesitações dos povos de escassa cultura politica.

Antes de percorrermos as principaes constituições recentes, é de proveito tocar alguns pontos essenciaes quanto ao Chefe de Estado e aos systemas duaes, identificados, em theoria, com o Parlamentarismo, mas susceptiveis de combinação technica com o proprio presidencialismo. Taes pontos concernem: á integração pessoal indispensavel ao contacto internacional dos Estados e á propria organização interna; á fixação do regime adoptado, hoje ponto mais technico que doutrinal, por um movimento geral da mentalidade contemporanea quanto á substituição das soluções empiricas, tradicionaes, por soluções scientificas, e das soluções aprioristas, mediante processo revisional de desracionalização.

I. Quanto á primeira forma de symetria, que é a estructura do poder central, tém de ser a de uma *entidade* escolhida directa ou indirectamente pelo povo, fonte do poder estatal. Um individuo, ou um *directorio*. O Conselho seria solução propicia a nações unitarias ou territorialmente pequeninas, como a Suiça e o Uruguay. Menos para o Brasil, ou para os E. U. da America do Norte, ou para a Alemanha. Nesta, nem devia entrar em cogitações[1] o systema de directorio. Os inconvenientes da individualidade, em vez do grupo, são facilmente afastados pela possibilidade da revogação pelo voto popular, após iniciativa excepcional da Assembléa ou de parte do proprio eleitorado.

II. Para as relações entre o Executivo e o Legislativo, dois caminhos principaes pódem ser tomados: um,

1. Erich Kaufmann, *Grundfragen der künftigen Reichsverfassung*, Berlin, 1919, p. 18; Josef Lukas, *Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung*, Tübingen, 1920, p. 5.

o da democracia de poderes scindidos, autonomos, á maneira norte-americana; outro, o da ligação entre o parlamento e o governo. Ainda recentemente, teve a nova Europa de discutir e pesar as conveniencias e as inconveniencias de um e de outro systema. E' ensejo de lembrarmos a accusação que ao systema da estricta separação de poderes fez PREUSS, no discurso com que fundamentou, perante a Assembléa nacional, a 24 de fevereiro de 1919, o projecto governamental de constituição: levar ao empobrecimento intellectual e á deserção politica da representação popular[1]. A caracteristica do governo parlamentar é a intima relação entre Executivo e Parlamento, com a tendencia para se constituir o gabinete com membros da maioria parlamentar e a dependencia dos ministros para com esta maioria. A solução alemã foi a de um parlamentarismo attenuado pelo fortalecimento do Chefe de Estado e do proprio Executivo, mediante o appello ao pronunciamento popular. A solução dos Estados presidencialistas poderá ser a de um passo para o regime de gabinete sem se cair no parlamentarismo.

III. O facto de ser eleito pela Assembléa o Chefe do Estado de nada inflúe na sua dependencia *posterior:* na origem, elle sae da escolha de outro poder, que representa, para isto, o povo. O que o faz dependente é o associar-se a eleição á modificabilidade da constituição pelo voto da Assembléa, ou das duas Camaras, se bicameral o Poder legislativo. Tal processo torna dependentes quaesquer poderes. Assim, se a Constituição só se altera mediante referendum, ou por proposta de uma

1. Dr. PREUSS, em *Deutscher Geschichtskalender*, 59. Lieferung, 1919, p.132: «stets zu einer geistigen Verarmung und politischen Verördnung der Volksvertretungen führt».

Assembléa e votação pela que depois se constituiu, a independencia do Chefe de Estado está assegurada. Outrosim, se lhe é dado o poder de dissolver o Parlamento, ou de submeter ao povo a proposta de dissolução.

Na França, concebe-se como absoluto o poder estatal do povo, "la souveraineté du peuple", mas impõe-se-lhe, durante quatro annos, o silencio. Denuncia a rigidez geometrica da Constituição francesa. No fundo, uma contradicção: o povo tudo póde, mas *só* nas eleições regulares. A simplificação racionalista, a clareza das linhas, a preocupação da unidade volitiva, conduz á vontade geral expressa de um jacto e obsta á adopção de equilibrio. As constituições recentes demonstram, pelo contrario, a libertação das homogeneidades do racionalismo. Já o empirismo inglês criara o parlamentarismo *a posteriori*, differente da forma pura, *a priori*, que a abstracção francesa escandira após o regime historicamente primeiro da Inglaterra. As tentativas para a adaptação a outras concepções foram baldadas: a "unidade volitiva" triumpha sempre. REDSLOB lançou, a respeito, phrase feliz, que caracteriza a antithese do racionalismo francês com o empirismo das Ilhas: DESCARTES reina de um lado do estreito; do outro, JOHN LOCKE.

IV. O Presidente da Republica deve ter o poder de ordenação politica da Nação, não exclusivo, mas em systema que não exclúa a ordenação politica da funcção integrativa da Justiça constitucional, nem a vigilancia da Assembléa quanto á lei fundamental. A verdade não está com os que o fazem o *unico poder protector da Constituição*, como grande parte dos theoricos alemães, CARL SCHMITT á frente, nem com os que querem — á moda austriaca — que seja o Tribunal differenciado o *protector unico*, protector a que a theoria de KELSEN faz cor-

responder nada menos que um plano distincto de vontade politica, o da *collectividade total.*

A defesa activa da Constituição deve caber a todos os poderes. Em como conseguir o funccionamento de tal defesa, attendida a diversidade das hypotheses, está o difficil problema de Sciencia e de Arte politica constitucional.

V. O Chefe de Estado ou, no regime parlamentar, o Chefe de Estado e o governo precisam ter o poder de intervenção nas collectividades interiores e de ditadura local (estado de sitio, suspensão das garantias constitucionaes). No Brasil (Constituição de 1891), permittiu-se ao Executivo, durante o estado de sitio (art. 80), a detenção em lugar não destinado a réos de crimes communs e o desterro para outros sitios do territorio nacional.

Na Alemanha, o poder ditatorial do art. 48, alinea II, 2ª parte, da Constituição, não constitúe infirmação (*Aufhebung*) dos direitos fundamentaes, e sim tão sómente limitação temporaria de vigor[1]. O poder ditatorial só attinge os arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Os outros direitos fundamentaes e outros preceitos constitucionaes ficam incolumes. De modo que, na propria Constituição, encontra o poder ditatorial os seus limites. Tal a opinião dominante[2], a despeito da these con-

1. KARL LOEWENSTEIN, *Erscheinungsform der Verfassungsänderung*, Tübingen, 1931, p. 157 s.; — *Zur Verfassungsmässigkeit der Notverordnungen*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 21 (1931), p. 126.

2. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 13. Aufl., Berlin, 1930, ps. 252, 253; F. GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 8. Aufl., Berlin, 1931, ps. 138, 139; POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar zur Reichsverfassung*, Berlin, 1928, p. 239; R. GRAU, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübin-

traria de CARL SCHMITT no Congresso dos professores alemães de direito publico, realizado em 1924, em Jena[1]. Nota LOEWENSTEIN a falta dos *Indemnity Acts* ingleses.

Feitas as considerações geraes que aí ficam, vejamos como se sairam da empresa technica as principaes Constituições e revisões do nosso tempo.

Como a Lei alemã de 28 de outubro de 1918, a Constituição de Weimar proclama o parlamentarismo (artigo 54). O chefe de gabinete e os ministros precisam de ter a confiança do Parlamento e, se é retirada, *expressamente*[2], a algum delles, deve pedir demissão. Trata-se de um dever; a maioria, de que se precisa para a confiança, é a dos deputados, e não a do povo representado[3]. Ao governo da Prussia é indispensavel a confiança do povo (Constituição prussiana, art. 57).

Na Constituição alemã, consagram elementos parlamentaristas os arts. 54 (dependencia da confiança de *Reichstag*), 50 (exigencia geral da assignatura do chanceller ou do ministro competente), e 59 (proposição de responsabilidade do Presidente, do chanceller e dos mi-

---

gen, 1931, p. 294; — *Die Diktatur des Reichspräsidenten und der Landesregierungen*, Berlin, 1922, p. 50 s.

1. Como SCHMITT e JACOBI, NAWIASKY, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. IX, p. 1 s.

2. Expressamente; porém, certo, não é de mistér notificação de direito publico.

3. A opinião recusada pertence a H. HERRFAHRT, *Die Kabinettsbildung nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, 1927, ps. 56, 58. No sentido do texto, R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, p. 146, nota 2; ROTHENBÜCHER, *Der Kampf um Art. 54 der deutschen Reichsverfassung*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. VIII, p. 336 s.; G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 13.Aufl., Berlin, 1930, p. 279. A' opinião de HERRFAHRDT chama R. SMEND de *weitherzig*, «coração ás largas».

nistros, pelo *Reichstag*, perante a Alta Côrte de Justiça). O systema de primeiro ministro emerge nos arts. 56 (direcção politica), 53 (proposta dos ministros), 55 (independencia do governo) e 58 2ª parte (voto em collegio); o de gabinete, nos arts. 53 (nomeação do gabinete pelo Presidente), 57 e 58. Os elementos presidencialistas firmam-se nos arts. 41 (eleição do Presidente por todo o povo), 25 (dissolução do *Reichstag*), 73, combinado com o art. 53 (veto restitutorio). O art. 73, como o art. 25, reforça o poder presidencial, se bem que não sejam proprios do presidencialismo. Rigorosamente, constituem, com o appello ao povo, democratização do presidencialismo, immediatização do povo que o parlamentarismo mediatizara.

Será o Presidente do *Reich* um *guia politico?* Guia politico, como queria MAX WEBER, é o chanceller? Se tambem o fosse o Presidente, ter-se-ia o dualismo. Se não o é, cabe-lhe o papel de *pouvoir neutre*, de homem "objectivo" (a expressão é de CARL SCHMITT). Guia politico de outra natureza, e não simples poder central, tal o Presidente. Deu-se-lhe muito, para que ficasse a ser tão pouco. A propria origem assegura-lhe a significação politica, em alto sentido.

A theoria do equilibrio entre Poder legislativo e Executivo actuou no projecto official alemão e a Constituição procura favorecê-lo. O Presidente e o *Reichstag* são eleitos pelo povo (arts. 22, 41). O facto de não haver differença quanto ao fóco de eleição concorre para o igual prestigio. O que mais fortalece o Poder executivo alemão é a possibilidade de recorrer á fonte pristina, ao povo, para a funcção legislativa. Não só: o proprio povo reserva-se o direito de retomar o poder legislativo. O Presidente dispõe de veto absoluto, quan-

do de acôrdo com o Conselho do Reich, contra as leis que não lograram a maioria de dois terços[1].

A technica alemã dos poderes do Presidente é exquisitamente democratica e constitúe preciosa acquisição dos nossos dias. Conseguiu-se a força sem o despotismo, a energia sem a violencia. Em verdade não se diminúe o prestigio do Parlamento na medida do que se deu ao Presidente. Como se conseguiu tal milagre? Pela marcha no sentido da democracia directa. Além do poder de dissolução, que contrabalança a responsabilidade ministerial, além, portanto, da possibilidade de renovação integral, entregou-se-lhe o de poder descer ao veio de agua pura, á nação, isto é, mediante o veto restitutorio, que desloca a decisão para o povo mesmo, e córta cerce as causas de divergencia. A excellencia da technica é notoria. Em quanto a dissolução e a responsabilidade ministerial são facas bigumeas, que ferem a uma parte como poderiam ferir a outra, porque quem vibra o golpe póde ferir-se, o referendum aplaca, dissolve o dissidio, e funde até certo ponto o regime parlamentar e o presidencial. Tém-se dito que se facilita ao Presidente apoiar-se no povo contra o Parlamento e se prepara, com tal innovação, o resurgimento do Executivo dominador. Cita-se a Alemanha de antes da guerra, citam-se os dois Imperios franceses. Mas sem razão: as circumstancias actuaes são differentes e as massas mais esclarecidas nos seus votos. De qualquer modo, o appa-

1. Interessante notar que o Conselho, em materia legislativa, *reforça* o poder do Presidente; não exerce, por si só, o veto definitivo. A proposito, L. WITTMAYER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1922, p. 327, aponta no Conselho o herdeiro recolhedor do federalismo. No caso de revisão de constituição, o Conselho do *Reich* póde provocar, pelo pedido restitutorio, o referendum (art. 76).

relho constitucional alemão enriqueceu-se de democracia. Quando se diz que elle leva á democracia directa ou á supremacia do Executivo repete-se uma só coisa; porque tal supremacia, com a revogabilidade do poder do Executivo, só se poderia apoiar no povo. A comparação com o phenomeno alemão de antes da guerra é, de todo, incabivel. Deu-se um passo para o lado de ROUSSEAU, porém com outros mecanismos. Espera-se que a critica attenda aos factos novos. Não é justo que se reproduzam as velhas tiradas de MONTESQUIEU.

Na Baviera, é necessaria a confiança da maioria parlamentar, e o Executivo não tém direito de dissolução. Entra na luta desarmado. Não possúe o veto á legislação. A propria revisão constitucional faz-se por dois terços da maioria dos deputados (§ 92). O governo póde, tão sómente, appellar para o povo, porém em casos restrictos e quando os textos não sejam declarados de urgencia (§ 77). Não ha Presidente da Baviera. Os ministros são nomeados e dependentes da Diéta (§§ 4, 58). A substancia do poder pertence á Assembléa; a competencia do governo é expressa na Constituição (§ 3). O poder de dissolução pertence á propria Diéta, por maioria absoluta e presença de dois terços (§ 31). Nos momentos criticos, funcciona como instrumento de demonstração de prestigio. Nos casos de perigo imminente, quando são necessarias medidas excepcionaes para manter a ordem e a tranquilidade interiores, ou urgentes para evitar aggressão ou repeli-la, o Governo bavaro surge do seu nada com poderes enormes (§ 64). Os subordinados da vespera transmudam-se em ditadores.

Deante do quadro, seria o governo, nos tempos normaes, cordeiro nas garras do leão, simples instrumento da Diéta. Mas a verdade é que a inspiração bavara se prende á democracia directa: o povo, que assiste, póde intervir, e dissolver, *motu proprio*, a Diéta. Elle esgri-

me, sem ser provocado, a lança helvetica do direito de revogar, do *Abberufungsrecht*, do *recall* norte-americano.

Além disto, a iniciativa popular bavara póde ter por objecto a legislação e a revisão constitucional (§§ 10, 45, 76, 77). Tudo mostra que a Baviera evolveu para o typo suiço.

Na Constituição austriaca tambem se quis o passo além na deslocação do centro de gravidade para o Parlamento. Comtudo, ha, na Austria, Presidente da Republica. Presidente que era eleito pelo Parlamento, sem veto, sem direito de dissolução. Differente da Baviera nesse ponto e na existencia do Conselho federal, cujos membros são designados pelas Diétas locaes, dotado de poder de veto suspensivo assaz restricto e sem direito de derrubar os ministerios (arts. 24, 34s., 42, cp. 35, 74). Mas a Austria dá-nos o exemplo do povo inquieto com as suas soluções constitucionaes. Depois de varias constituições provisorias, adoptou a de 1 de outubro de 1920, revista, depois, pelas Leis constitucionaes de 26 de novembro de 1922, 30 de julho de 1925 e 7 de dezembro de 1929. O Presidente da Republica passou, em 1929, art. 60, a ser eleito pelo povo e por seis em vez de quatro annos. Elle é que nomeia o chanceller e, por proposta deste, os outros membros do gabinete (art. 70). Deu-se-lhe, outrosim, o direito de dissolução do Parlamento. Por outro lado, por proposta da Assembléa, póde ser revogado, por votação popular, o Presidente (art. 60). Os *decretos de necessidade* penetraram no art. 18, alinea 3.

Na Tchecoeslovaquia, a Assembléa escolhe o Chefe de Estado (§§ 56-58). Com a concepção do mandato imperativo, o facto de ser eleito pelos partidos, dá ao Chefe de Estado certa independencia. Mas a Constituição póde ser alterada pela maioria de tres quartos, calculada sobre o total dos membros das duas Camaras

(§ 33). O Chefe de Estado possúe veto suspensivo, não só quanto ás leis ordinarias (França), como quanto ás de revisão da constituição (§§ 47, 48). Em todo o caso, quanto ás ultimas, a attribuição é pouco efficaz: contra o veto prevalece a mesma maioria que decidiu quanto á revisão (§§ 48, III, 33); salvo se, em tempo, o Chefe de Estado dissolve as Camaras e invoca a decisão do povo quanto ao projecto de revisão vetado. O direito de dissolução attinge as duas Camaras, e não uma só, como em França, onde se exige, além disso, o assentimento do Senado. O veto do Presidente ás leis ordinarias só é rejeitavel por maioria especial: maioria absoluta dos membros das duas Camaras, ou, pelo menos, na Camara, tres quintos do numero total. Em França, bastaria a renovação do primeiro voto. O voto de desconfiança que obriga á retirada do ministerio é proposto por 100 deputados e apresentado á commissão de relatorio, que dará parecer em 8 dias. Para a decisão são de mistér a presença da maioria e o suffragio nominal. A Constituição ainda associou ao regime parlamentar o *judicial control*, que submete as leis á conferencia da constitucionalidade.

O poder de dissolução merece que lhe dediquemos algumas paginas. Tal poder e o de veto são as duas mais poderosas armas do Executivo. Associados á democracia directa, reforçam o Executivo, sem os inconvenientes da viciosa supremacia, que o presidencialismo suscita. A dissolução das assembléas póde ser monarchica, de origem ministerial, auto-dissolução, por decisão popular ou pelo Chefe de Estado.

Melhor dizemos:

1. Nas monarchias, a dissolução do parlamento tém por fim restabelecer o equilibrio entre o governo monarchico e a representação popular. Vindo o conflicto,

a solução surge, que é a dissolução. O caracter de instrumento de equilibrio, e não de appello ao povo, resalta na possibilidade de nova dissolução do Parlamento eleito. A Alemanha tinha a experiencia e aproveitou-a, para democratizar o acto de dissolução. Por igual motivo (*aus dem gleichen Anlass*), só se dissolve uma vez; um só motivo não permittiria duas nem mais dissoluções. HUGO PREUSS (*Prot.*, p. 233) trae a lembrança da monarchia constitucional quando fala em "conflicto".

2. O direito ministerial de dissolução, vulgar nos Estados parlamentaristas[1], seja exercido pelo primeiro ministro, seja pelo gabinete, constitúe appello ao povo quando a maioria do Parlamento discrepa do Ministerio. Decide o povo. Não póde ser repetida, pelo mesmo conflicto, a dissolução. Na Inglaterra, o direito cabe ao Rei; mas, na realidade, o que se vê é o direito ministerial de dissolução.

3. A auto-dissolução consiste em ser o proprio Parlamento o agente devolvedor. Temô-la na Constituição prussiana de 1920, art. 14, e na bavara, § 31.

4. A dissolução pela iniciativa popular constitúe passo firme para a democracia (Prussia, art. 14, Baviera, § 30).

5. A dissolução pelo Presidente com o assentimento do Senado, como em França, constitúe forma hybrida. O Chefe de Estado e o Senado dissolvem a Camara.

6. A dissolução pelo Chefe de Estado, sem o caracter monarchico, apparece na Constituição alemã, ar-

1. Não ha incompatibilidade entre a dissolução de origem ministerial e o regime republicano presidencialista, desde que tenha o caracter democratico. Porque o systema de gabinete não é, em si, incompativel com o presidencialismo.

tigo 25. Concebida como appello ao povo, não é incompativel com o regime presidencial e talvez constituisse combinação feliz em certos Estados. No regime parlamentar, associa-se á exigencia da subscripção dos actos do Chefe de Estado pelo primeiro ministro. Na Constituição alemã, art. 25, só o Presidente tém o direito de dissolução e os seus actos (art. 50) *precisam* da subscripção do primeiro ministro ou do ministro competente (na especie, do primeiro ministro, porque se trata de direcção politica, art. 56). Importará tal medida em dissolução ministerial pelo Presidente, ou presidencial pelo primeiro ministro? Tudo está em se saber se, contra a vontade do ministerio, póde o Presidente dissolver o Parlamento. Negam-lho KOELLREUTTER, GIESE, E. H. HOFFMANN[1]. Affirmam-lho PREUSS, THOMA, POHL, HATSCHEK, LUKAS, ANSCHÜTZ, HÜHLER, POETZSCH, POETZSCH-HEFFTER, CARL SCHMITT[2].

A assignatura do primeiro ministro praticamente suppõe que pertença a minoria parlamentar, sem ter havido voto de desconfiança. Se o houve, o Presidente nomeia o primeiro ministro que subscreve o acto de dissolução. Se o primeiro ministro, pertencente á maioria, se oppõe, o Presidente demitte-o, e nomeia outro, que subscreva a dissolução, acto continuo.

---

1. O. KOELLREUTER. *Das parlamentarische System in den deutschen Landesverfassungen*, Tübingen, 1921, ps. 5,7; F. GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 8.Aufl., Berlin, 1931, p. 95; E. A. HOFFMANN, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. III, ps. 263, 264.

2. H. PREUSS, *Verfassungsausschuss*, p. 237, 253, 253; R. THOMA, em *Archiv für Sozialpolitik*, vol. 50, p. 279, e em *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 29 (1924), p. 659; POHL, *Die Auflösung des Reichstags*, 1921, p. 18 s.; HATSCHEK, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, 1922, vol. I, p. 419; J. LUKAS, *Die organisatorischen Grundgedanken der neuen Reichsverfassung*, Tübingen, 1920, p. 33, nota.

A dissolução das assembléas pelos Presidentes da Republica, com o appello ao povo, dá á democracia um dos mais energicos correctivos aos assaz conhecidos vicios da *representatividade*.

4. *Funcções legislativas*

Todo o problema politico dos nossos dias gira em torno da elaboração da lei. *Quem faz a lei é que é o mestre da vida social.* Vimos que a burguesia, aproveitando o movimento democratico, que definia a lei como expressão da vontade geral, se assenhoreou dos Parlamentos, mediante a technica da democracia *representativa*, desligando do povo os deputados. Os movimentos reformistas e revolucionarios, quaesquer que sejam a sua natureza, os seus propositos e as suas tacticas, sem nos dizerem e, talvez, sem terem nítida consciencia daquillo por que lutam, o que querem é, sómente, chamar a si a feitura da lei. Daí falar-se em ajuridismo, representação das classes, ou das forças sociaes, iniciativa e votação do povo. Em todas as constituições, o coração está nos artigos em que se decide qual o corpo ou individuo que *delibera* na transformação dos projectos em lei. Se o corpo ou individuo tém a iniciativa, o exame e a deliberação, de tudo dispõe. Se tém a iniciativa e não tém o exame e a deliberação, sem que o outro fóco politico seja obrigado a examinar e decidir-se, é illusorio o poder que se lhe concede. Se o fóco politico é obrigado ao exame e á decisão, negativa ou positiva, é digno de apreço o direito que ao outro corpo ou individuo se deu. Se só tém o exame, não é mais do que méramente consultivo. Reforça-o a faculdade do contra-projecto. Se attendermos a que á technica da *elaboração legislativa* é possivel espectrar cada um desses elementos (iniciativa, exame, deliberação), de pronto

comprehenderemos a enorme riqueza de combinações possiveis.

No rispido systema da separação absoluta de poderes, que tanto agradara ao "amor das linhas rectas" do racionalismo dos Seculos XVIII e XIX, os tres elementos só se distribuem entre o Poder executivo e o legislativo: ora todos os elementos no Legislativo, ora parte da *iniciativa* no Executivo e a outra parte no Legislativo, a que cabem os outros dois poderes, ora o jogo da bicameralidade, a que poderiamos chamar systema das camaras tangentes (precisam do contacto para que produzam a lei). Nos Estados onde funcciona a iniciativa e o referendum, os dois elementos pódem ficar ao povo, ou só um delles, cabendo o outro ao Executivo ou ás Assembléas, ou reservar-se a estas ou áquelle manifestar-se quanto ao exame ou quanto ao exame e á deliberação em primeira instancia. A propria deliberação póde partir-se entre dois poderes: o legislativo vota, mas o Executivo póde vetar. E' evidente a complexidade crescente.

De tudo que acima se referiu havia exemplos no Seculo XIX. Mas a crise da democracia representativa, os esforços para encontrar em nova morphologia politica (syndicalismo reformista) a solução do problema proletario, incentivada pela propria exigencia intellectual, scientifica, do espirito humano, suscitou a invenção e a tentativa de outras combinações. *As novas constituições mostram que o mundo actual procura, em torno do problema central da elaboração da lei, a melhor technica da democracia, da liberdade e da distribuição mais justa dos meios de producção.* Aliás, meditando cada uma das technicas actuaes, *o que nos parece é que, posta em estudo uma dellas, as outras a cercam como se fossem secundarias. A verdade é que uma tém de ser resolvida em funcção das outras e a elaboração da lei,*

problema central, *em funcção de todas*. Nos seculos anteriores foi possivel dizer-se que um Estado, a Inglaterra, realizava a liberdade, e outro, a França, a igualdade. Hoje, toda politica que se satisfizér com uma só technica, forçosamente fracassará.

Quaes as soluções que o fim do Seculo XIX e o começo do Seculo XX nos propõem? Enumerá-las todas seria impossivel. Cada escriptor politico se julgou capaz de aconselhar ou de construir, a seu talante, a formula mirifica. No Brasil, andam por dezenas. Demasiada confiança nas idéas e insufficiente amor aos factos. A sciencia politica tém a sua technica, technica esmerilhada por especialistas, ligada á technica sociologica e á technica juridica, já enriquecida de experiencias sérias e não susceptivel de improvisada aprehensão. Por outro lado, a adopção de formula constitucional, como toda adopção de lei, suppõe *adhesão*, e o formulador deve levar em conta a possibilidade de ser adoptada e de praticar-se.

Para obviar á immensidade de planos imaginados ou tentados, reduzâmo-los a sete classes: 1. Soluções que deslocam para o Poder executivo parte da *deliberação* das leis. Exemplo: os decretos de necessidade, os decretos-leis do Estado fascista. 2. Soluções que dão ao Executivo o exame de todas as leis e a iniciativa de quasi todas ellas. 3. Soluções que fazem intervir a iniciativa popular e o referendum. 4. Soluções que pretendem a representação das classes ou dos interesses. 5. Soluções que dão ás classe ou aos interesses poder de exame (orgãos consultivos). 6. Soluções que combinam a apresentação dos candidatos, a proposta e a votação delles com as idéas de syndicalismo, Estado unipartidario e decisão popular (Estado fascista). 7. Soluções que pretendem a intervenção dos *processos sociaes* (forças), para que todos sejam attendidos.

Aqui, sómente nos incumbe tratar do phenomeno de deslocação de parte da actividade legislativa para o Executivo, para a representação de interesses e para o povo. As outras technicas já foram apontadas em capitulos anteriores.

I) A deslocação para o Executivo assaz se justifica na falta do Legislativo (entre a expiração do mandato e a nova eleção, quando dissolvido). São os *decretos necessarios* ou *de necessidade*. Aliás, a technica constitucional, para sacrificar o minimo possivel dos moldes classicos, recorre ás commissões parlamentares (Tchecoeslovaquia, § 54). Preferivel tal systema, salvo se o Executivo é susceptivel de revogação popular, que constitúa a confirmação ou desapprovação democratica dos seus actos, ou se os decretos necessarios ficam sujeitos á approvação do Legislativo (desapprovação com effeitos *ex nunc*, portanto, *insufficiente vigilancia posterior;* nunca *ex tunc*, porque fôra desaconselhado).

O facto, apontado pelos criticos da democracia, de ter sido hypertrophiado o poder dos Parlamentos, justificando o reforçamento do Poder executivo, por parte dos movimentos politico-sociaes de 1919 em deante, nenhuma relação tém com o Brasil. No Brasil, o phenomeno foi exactamente o contrario, o desmedido crescimento dos poderes do Executivo. Dá-los ainda maiores não seria *corrigir*, mas *aggravar* o mal.

II) A deslocação para os grupos profissionaes apresenta tres concepções differentes: *a*) distribuição do poder de exame aos grupos profissionaes ou corpo formado com os representantes delles, nas materias dos respectivos interesses, — concepção compativel com a democracia classica e com quaesquer formas democraticas, ainda as de democracia directa (não ha *represen-*

tatividade, quanto á funcção legislativa); *b*) a representação economica exclusiva, substituição da democracia do voto individual e igual quanto á origem, pelo syndicalismo (grupos profissionaes); *c*) combinação, tangencial ou parallela, da representação democratica e da representação profissional: tangencial, quando a mesma lei têm de passar pela Camara politica e pela Camara profissional; parallela, quando a competencia legislativa é repartida pelas duas; *d*) a Assembléa hybrida na qual ha deputados eleitos pelo povo (suffragio universal, igual) e representantes de grupos profissionaes.

a) Do primeiro typo dá-nos exemplo a Alemanha. O Conselho economico deve ser ouvido pelo governo quanto aos projectos, que interessem á politica social e economica, antes da apresentação, e goza do direito de iniciativa em taes materias: o governo, ainda que não approve os projectos, têm de apresentá-los ao *Reichstag*, com o seu parecer. O Conselho economico póde fazer sustentar a proposição, perante o *Reichstag*, por um dos seus membros (art. 165, 3ª e 4ª alineas). Muito se têm criticado o systema; com razão, quanto á insufficiencia que demonstrou. O caracter consultivo e a iniciativa não asseguram protecção bastante aos interesses do trabalho. Não tendo o poder legislativo, escapa-lhe o de socialismo concreto.

b) O syndicalismo propriamente dito pretende substituir á representação politica, ao Estado, a organização economica. A vida social reduzida a uma só dimensão. Tal syndicalismo refusa, inteira e cabalmente, qualquer *democracia classica*, ou qualquer *democracia directa*. Não se confunde com a solução combinatoria (democracia + representação profissional). Em vez de solução *ao lado* da representação politica, tangencial ou parallela, quer a solução *no lugar* da representação po-

litica. Tal syndicalismo é feito *para depois* da revolução, e não para *antes;* organiza-se *antes*, para prover á sua propria vida e preparar o advento revolucionario. Inspira-o immediatamente a lição marxista da luta das classes.

c) A terceira concepção merece exame, que deixamos para adeante.

d) A composição de deputados e representantes profissionaes estabelece a Camara heterogenea, fonte de discrepancias perigosas e de coalições (de parte dos democraticamente eleitos com os representantes das profissões contra a outra parte daquelles, ou de parte dos representantes das profissões com os deputados, contra a outra parte dos representantes). Os resultados são identicos aos do regime parlamentar ou presidencialista com pluralidade de partidos: acôrdos para o poder, com sacrificio das idéas e dos interesses representados.

Passemos ao exame prometido. Um dos primeiros pontos a serem feridos em critica geral é o da confusão entre a necessidade de intervir o trabalhador, como tal, na fixação do seu salario e na protecção dos seus interesses, a necessidade de se lhe garantirem o *direito de existencia*, o *direito ao trabalho* e *ao justo salario*, e a necessidade de representação politica. A immensa literatura funde coisas heterogeneas. A intervenção na fixação do salario e a propria attribuição do caracter de direito publico aos syndicatos constituem problema de *technica das relações entre os donos de empresas e os salariados*. Não suppõe, nem implica os dois outros. E' um dos expedientes usaveis, dentre muitos, para evitar, desde a peripheria, junto e simultaneamente ou quasi simultaneamente ao contacto contractual, a violencia do contracto *praticamente unilateral* dos capitalistas. A segurança constitucional do *direito á existen-*

cia, do *direito ao trabalho* e do *direito ao salario justo* significa a declaração, por parte do Estado, de que os reconhece como *inclusos nos seus fins*. Trata-se de conquista de ordem socialista no campo da *technica constitucional*. As consequencias são assaz relevantes; porque, com taes principios, a Constituição obriga a administração, a justiça e os proprios legisladores. Praticamente, significa: *a*) que todos têm direito á subsistencia e, pois, não é possivel o homem com fome, salvo se por violencia propria; *b*) que todos têm direito ao trabalho e, pois, se não o encontra e o Estado não lho dá, deve sustentá-lo o Estado (letra *a*); *c*) que o trabalho deve ser justamente remunerado, não podendo ser inferior ao estalão da vida (letra *a*). A representação politica nada tém com as conquistas acima referidas, uma de technica do *direito privado* ou *publico*, a outra de *direito constitucional*. A representação pertence ao direito constitucional, mas é inconfundivel com os direitos fundamentaes. Trata-se da formação dos orgãos do Estado (distribuição dos poderes, mediante integração electiva especial) e não de direito que *defronte* o Estado.

A nossa critica de agora circumscreve-se á representação. Por igual, as nossas conclusões.

Em quanto a democracia classica se funda no alistamento de eleitores *da mesma qualidade* e com o mesmo valor de voto, criticavel pela contingencia da maioria e pela abstenção, a representação suppõe a convocação de todos os individuos da mesma profissão (representação individualista dos interesses) ou dos grupos organizados; portanto, num e noutro caso, a differença *de qualidade*. Ora, a representação dos grupos suppõe o reconhecimento delles por direito eleitoral. Ou entra nos requisitos o de numero minimo de individuos que formem os grupos e, assim, ter-se-á a representação aproximadamente igualitaria, se bem que

indirecta a eleição; ou não se cogitará disso, e então será desproporcional a representação. A representação individualista dos interesses, guardada a proporção entre o numero de deputados concedidos e o daquelles escolhidos pelo eleitorado do suffragio universal, seria associavel á democracia classica e constituiria fecundo recrutamento de especialistas, a que os escolhidos do suffragio universal, em troca da contribuição technica, dariam o concurso da educação mais extensa, de ordem politico-juridica, ou só politica. Aliás, cedo se affeiçoariam aquelles ao trato dos interesses geraes ou cederiam ás considerações de ordem menos restricta que a dos seus interesses. Um tanto parecida é a concepção de CHARLES BENOIST, que dividia os deputados em sete grupos (agricultura, industria, transportes, correios e telegraphos, commercio, administração publica, profissões liberaes, rendeiros), sendo o numero de representantes proporcional ao dos seus membros. Para o Senado iriam representantes das uniões locaes (conselhos municipaes), administrativas (conselhos geraes) e civis (corpos constituidos). No projecto do abade LEMIRE, seria o Senado o corpo das profissões (profissões agricolas e connexas; industria, commercio e transportes; profissões liberaes e corpos constituidos ao serviço do Estado). Na theoria de DUGUIT, tambem seria o Senado o corpo profissional: eleitores, as Camaras de commercio, as Camaras de agricultura e os syndicatos profissionaes. Um pouco de fantasia.

Os argumentos contrarios consistem em exprobrar á representação profissional: 1) que os representantes defenderiam os *seus* interesses, e não os interesses geraes, — assaz fraco o ataque, porque *nem* aconteceria *sempre* tal discordancia, nem os corpos classicos *attenderam sempre* aos interesses geraes; 2) que a somma dos interesses economicos divergentes dos grupos ou

profissões não significa o interesse geral ou a opinião publica (porém, em verdade, não era isto que se queria demonstrar com a representação profissional); 3) que os individuos da mesma profissão pódem discordar quanto ás opiniões politicas, de modo que se teria de recorrer á situação especial de taes individuos, discrepantes politicos da profissão ou do grupo profissional; 4) que as escolhas ou recairiam nos mais *politicos* da profissão ou nos mais technicos, e raro teria applicação, no corpo representativo, o valor technico do escolhido (que teria a fazer o grande operador, o clínico, o physico? a sua expressão seria dependente do valor politico, ou da cultura geral, ou de qualidades *resultantes* da educação scientifica); 5) que a classe social ou profissão é levada a conceber e expôr sob a forma de interesse geral o seu interesse de classe ou de profissão; 6) que a representação de interesses, dentro da Camara, suscitará divergencias graves; no systema bicameral tangencial, hostilidades; no bicameral parallelo, conflictos de difficil solução, pela falta de separação natural entre a competencia de uma e a da outra Camara. As disparidades de opinião, as lutas e os possiveis conflictos de competencia não bastam para a condemnação da representação profissional. Exactamente, a *luta* e a *composição* constituem a *sua* finalidade. As proprias coalições só serão más, nos casos em que o seriam as coalições politicas: quando pessoaes ou de fundamentos estranhos aos interesses representados. Não é em taes assumptos que que está o ponto fraco. Vamos encontrá-lo na proporcionalidade: se quantitativa, *tollitur quaestio;* se qualitativa, mergulhamos no arbitrario. Qual o criterio para se saber se um grupo profissional ou interesse é mais importante do que outro? Os grupos pódem ser de differente composição numerica; as profissões representadas, assaz

heterogeneas. No fundo, o maior inconveniente da representação profissional é o mesmo da democratica: a desligação dos representantes, criando o corpo que delibera sem compromissos com as massas representadas.

Certo, cumpre que se organize o trabalho. Pensamos que assim se deve proceder e, até, vamos além: que se considere o trabalho, dentro de conceito fixado constitucionalmente, um dos requisitos para a acquisição da qualidade de eleitor (censo qualitativo, que vae do minimo ao extremo soviético). Ainda mais: que se obvie, com a organização syndical, á amorphia das massas, e se reconheça caracter de direito publico aos syndicatos que preencham certas condições mencionadas em lei. Comtudo, evitando-se que o interesse geral das classes naturalmente retardadas (as populações ruraes, por exemplo) sejam prejudicadas pela decisão e acção dos syndicatos. Quanto á propria representação profissional, devemos extrair da idéa o maximo de realizavel, mas sem que retire á democracia certo controlo politico quanto aos *interesses geraes*. Admittida a representação propriamente dita, portanto com mais poderes do que a simples consulta, resta saber se devem concorrer á mesma Camara, com numero prefixado e invariavel, ou variavel na proporção do eleitorado profissional para com o eleitorado democratico, ou se devem formar outra Camara, com a competencia tangencial ou com a competencia parallela.

No estado actual desta difficil questão, o que nos parece melhor é separar a *technica* e a *representatividade*:

1. Quanto á *technica*, os processos sociaes e, dentro de cada um delles, as especies componentes devem ter commissões que lhes correspondam. A iniciativa e a consulta são insufficientes, conforme dissemos. Demos-lhes

mais: os projectos ou pareceres apresentados sómente pódem ser rejeitados por maioria absoluta, e a commissão proponente tém direito ao appello ao povo, annualmente organizado para todos os projectos rejeitados. Com isto, confere-se importancia pratica ás commissões, sem qualquer dos inconvenientes apontados, nem o de provocar os conflictos de competencia entre duas camaras parallelas, nem os da existencia de duas camaras tangentes.

2. Quanto á *representatividade*, o problema é *eleitoral*, portanto a solução depende de condições de lugar e tempo, e de *technica constitucional*, no que concerne ao *situar*, na distribuição dos poderes, os representantes profissionaes.

Nos Estados de escasso espirito corporativo, o edificio constitucional não poderia repousar *só* na representação syndical, nem *principalmente* nella, porque não existem *concretamente* os syndicatos, nem os germes corporativos (falta lamentavel, mas que está nos *factos*). Seria impôr a fragmentação do governo, a distribuição de poder a corpo ainda não delineado nas possibilidades definitivas, e os pedaços artificiaes talvez não offerecessem a resistencia necessaria á integração da vontade profissional. Ha uma longa politica de aggregação a ser feita em taes paises. E' preciso não discutir pelas regras de direito constitucional quando é caso de decidir pelas de direito publico ou privado.

Temos, pois, que a representação profissional deve ser consignada nas constituições, salvo onde, como no Estado soviético e no fascista, a revolução radical, as condições da Italia visceralmente corporativa, emfim as *circumstancias* pormenores permittem confiar-se na *construcção syndical;* mas a *organização* deve ficar ao direito publico ordinario.

III. A deslocação para o povo é susceptivel de mais formas: *a*) iniciativa e votação definitiva; *b*) iniciativa e votação, com a passagem pela Assembléa; *c*) iniciativa, sem votação; *d*) votação sem iniciativa. Qualquer dellas attende ás leis sociologicas. Porém não é só perante taes leis que as devemos encarar. Devemos vê-las como *technica politica.*

Os Estados têm de permanecer por muito tempo com as formas da democracia indirecta. Um ou outro, de pequeno tamanho e intensa diffusão da instrucção e da educação civica, poderá pretender que preponderem ou se tornem exclusivas as instituições de iniciativa e deliberação popular. Como contrapeso aos males do parlamentarismo e ao vicio, commum ao regime parlamentar e ao presidencial, das camaras divorciadas da opinião publica ou esquecidas dos interesses geraes, para os quaes é notavel a intuição popular, a intervenção do povo funcciona com as melhores esperanças. A democracia mixta constitúe um dos traços mais seductores das constituições novas. A funcção especifica que em tal regime compósito exerce o referendum é a submissão de certas questões acima dos partidos,—ou que, por circumstancias occasionaes[1], exigem que se ouçam os individuos em geral, — á massa dos eleitores.

A Alemanha, que dá o grande exemplo, não possúe o referendum obrigatorio, mas põe ao alcance do povo

1. Na Alemanha, por exemplo, a questão da expropriação, sem indemnização, dos bens aos principes, e o plano Young. No primeiro, o processo de inscripção deu ao projecto popular mais de 12 e ½ milhões de assignaturas, o *Reichstag* rejeitou-o, e o referendum de 20 de junho de 1926 não conseguiu mais de 14.400.000 votos contra 585.000, menos da metade do eleitorado de então (39.785.950). No segundo, tratava-se de disposições administrativas, e não de lei. Fracassou, igualmente, a iniciativa.

ou de orgãos politicos a provocação da democracia directa. O Presidente (art. 73, 4ª alinea) póde suscitar o voto popular sobre orçamento, leis de impostos e textos sobre vencimentos. Não cabe a iniciativa popular em taes materias, para que se não comprometa o equilibrio orçamentario. Nos casos de iniciativa do povo, o projecto só precisa da maioria simples dos votantes; nos de leis votadas pelo Reichstag, é de mistér que a metade dos eleitores participe do voto. Exigencia que assàz difficulta o referendum refusante. Bastaria que se exigisse a maioria, desde que compareceram pelo menos 2/5 ou 1/3. Como o consagra a Constituição alemã, o referendum de cassação da lei precisa de metade de toda a massa eleitoral, porque os partidarios do texto não comparecerão. Antes da lei, é possivel, na Alemanha, suscitar-se o referendum; mas a Constituição não deu a iniciativa ao povo, — combinou a vontade da maioria parlamentar com a iniciativa popular (artigos 72, 74). Util a possibilidade, pelo facto de evitar que se consume o abuso de direito das maiorias com o excesso de poder por infringencia da Constituição.

No regime bicameral, o referendum serve ao córte dos conflictos, como na Australia. Na Alemanha, onde o Reichsrat tém poder de veto (art. 74, 3ª alinea), se o Reichstag mantém a Lei vetada, póde ordenar o Presidente, e o proprio Reichsrat, tratando-se de lei constitucional, póde pedir o referendum (art. 76, 2ª alinea). Em vez do veto presidencial, como nos E. U. da America do Norte e no Brasil de 1891-1930, a Constituição alemã reconhece ao Presidente o veto restitutorio, pelo qual reentegra ao povo a decisão. A dissolução do Reichstag pelo Presidente e appello ao povo funccIona como outro exemplo de solução bebida á agua corrente.

Democracia sem possibilidade de iniciativa popular de leis é democracia *imperfeita*. Democracia, onde a

Assembléa não póde ser dissolvida por iniciativa popular, é democracia suffocadora da vontade do povo. Atenúa-lhe os effeitos a possibilidade de dissolução pelo Presidente, quando eleito pelo povo. Democracia em que não se dá aos eleitores manifestarem-se contra as leis em andamento, em que se não reserva ao povo o referendum de rejeição das leis votadas, ainda é democracia imperfeita. Mas cairá na demagogia a democracia em que, no actual estado da civilização humana, adoptar a iniciativa e o referendum para todas as leis, e em que não se mantivér para a decisão popular a linha de distincção material entre lei e acto administrativo. Entre a iniciativa e a deliberação devem caber a algum corpo o exame e a discussão do projecto de origem popular: esclarece o proprio povo e evita que se *desintegre* o funccionamento do Estado. A regra é ser ouvido o Parlamento, que o discute e nota. Nada impede que se remetesse, antes e depois, á respectiva commissão technica. Outra providencia é a votação secreta nas decisões populares[1].

No Estado pluripartidario, o referendum exerce o papel, indiscutivelmente notavel, de evitar que, em determinada questão, escapa aos pontos nitidos dos programmas, ou revelada depois, acima dos partidos, pela ligação com os fins mestres do Estado, se restrinjam ás Assembléas o exame e a decisão.

Não vemos praticada, porém parece-nos applicavel, a votação popular para obviar aos inconvenientes das

1. Discute-se hoje se a Assembléa póde revogar a lei votada directamente pelo povo. Entendemos que sim, mas submetendo-se ao referendum a nova lei. Aqui, a Constituição allemã e a suiça são omissas. THOMA parece só admittir a hypothese no caso de renovação da representação nacional. A distincção não se justifica.

coalições partidarias, cabendo ao povo pronunciar-se sobre a possibilidade moral e doutrinal do acôrdo.

5. *Conclusões*

Nitidez dos programmas, de modo a constituirem linhas separativas sensiveis e rigidas, e consulta ao povo como instrumento de revelação das intuições populares e de formação de maiorias, fortalecimento de directrizes politicas e democratização da elaboração mesma do direito, — tal o que reclamam as condições actuaes da vida politica. As constituições recentes procuram-no: além das soluções legislativas, o voto do povo pronuncia-se em conflictos, em divergencias de ordem politica, e até, *sponte sua*, na dissolução e revogação de poderes.

Todo regime representativo, seja presidencial, seja parlamentarista, é regime de transição. A' medida que se desenvolve a cultura, que se aperfeiçôam os orgãos do Estado, que se technicizam os problemas e as soluções, resalta a transitoriedade dos corpos electivos, o caracter de "expediente", com que foram criados pela vida, se bem que os seus inventores e enthusiastas desenrolassem argumentações cerradas, para os impôr como as *melhores* formas, se não *definitivas*. O parlamentarismo criou o seu autoritarismo. Teve o seu e energicamente o mantém o presidencialismo. Tê-lo-á a representação de classes ou de interesses, se conseguir *predominar*. A democracia representativa, como os livros escolares, é immensamente util durante a infancia. Bôa, se a temos como *provisoria*. Pouco importa o tempo que dure. O que é preciso é que não a conceituemos como definitiva. Menos ainda, como intangivel. Ou a democracia, qualquer que seja, se baseia na confiança inspirada pela intuição autogovernativa do po-

vo, e, neste caso, só a democracia directa ou as democracias mixtas satisfariam as exigencias do proprio fundamento; ou as instituições democraticas são, logica e juridicamente, uma farça. O povo deve poder retomar a palavra, quando quisér. Fóra daí, tudo será entrelaçado de incoherencias principiaes, ou a realidade do autoritarismo parlamentarista ou presidencialista, sob a enganosa apparencia da democracia.

CAPITULO III

A TECHNICA DA LIBERDADE E DOS OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAES

A liberdade, no seu conceito absoluto, suppõe a *unicidade* do *ser livre*. Nem Deus seria livre, porque criou as leis do Mundo; os calculos de curvatura do nosso espaço, os menores theoremas de Arithmetica, a propria Logica, seriam limitações de Deus. A féra que estivesse do outro lado do rio limitaria a liberdade de Robinson. Dois Robinsons não seriam livres.

Nas nossas cidades de milhões, o conceito de liberdade ganha em consistencia o que perde em amplitude. Torna-se conceito de sciencia social, que é *sciencia natural*, em vez de axioma, á maneira da Geometria.

1. *O dado e a technica da liberdade*

A humanidade, sem o perceber, submeteu a liber*dade*, como conceito, a experiencias no vivo. Os laboratorios centraes foram o Seculo XVIII e o Seculo XIX. Quasi tudo que sabemos, scientificamente, da liberdade moderna, devemos a esse periodo, cheio *de pensamento* que tende á vida, e *de vida* que põe á prova o pensamento.

A principio, viu-se o problema *de dentro* do individuo. Depois, *de fóra*, do Estado. Alguns espiritos tentaram vê-lo, simultaneamente, dos dois lados.

MONTESQUIEU, que é liberal, não hesita em definir a liberdade (*De l'esprit des lois*, Liv. XI, 3): "La Liberté consiste à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on doit ne point vouloir." A tranquilidade de espirito, que provém da opinião que cada um tém da sua segurança, é que constitúe a liberdade politica. Donde uma primeira distincção a fazer-se: o poder de constituir-se, livremente, que tém o povo, e a liberdade de que disporá. Póde acontecer que ninguem imponha ao povo qualquer preceito da Constituição, e a Constituição, livre na feitura, não no seja em si mesma. Será a não-liberdade organizada por mãos livres. Nada obstaria a que a liberdade resultasse de Constituição outorgada: que "la Constitution ne soit pas libre et que le citoyen le soit". E MONTESQUIEU explica que, em tal caso, "le citoyen sera libre de fait et non pas de droit". O que se faria preciso, insiste, seria a Constituição livre que assegurasse a liberdade do cidadão (XII, 1). Aqui, a technica do direito constitucional já nos permitte ver mais do que MONTESQUIEU. São as vantagens de dois seculos de experiencias vividas. MONTESQUIEU não pensou na Constituição outorgada que devolva ao povo, para a revisão constitucional, o poder estatal. Nella, a liberdade é de facto e de direito. Nem pensou na outra, em que a Declaração ponha nitido o *direito* de liberdade e não só o ser livre de facto.

Das liberdades, que a MONTESQUIEU aprazia estudar, sobresaíam a de pensar, a de falar e a de escrever. Juntava as tres e defendia uma por uma. A differença entre ellas resaltava. A primeira, interior, não permitte qualquer limite. Não ha delicto de opinião. "Les lois

ne se chargent de punir que les actions extérieures". Mas uma coisa é *pensar* e outra *dizer* ou *escrever*. Ha delictos da palavra e da escripta. MONTESQUIEU diz isto por outro modo: "Un homme qui va dans une place publique exhorter les sujets à la révolte devient coupable de lésemajesté, parce que les paroles sont jointes à l'action et y participent. Ce ne sont point les paroles qu'on punit, mais une action commise, dans laquelle on emploie des paroles. Elles ne deviennent des crimes que lorsqu'elles préparent, qu'elles accompagnent ou qu'elles suivent une action criminelle. On renverse tout, si l'on fait des paroles un crime capital au lieu de les regarder comme le signe d'un crime capital" (*De l'Esprit des Lois*, XII, 13). MONTESQUIEU precisa a distincção entre a *liberdade* e a *democracia*. Uma não depende da outra. Póde haver liberdade nos governos não democraticos; e não na haver nas democracias. A bôa politica é a do governo, democratico, ou não, que proclama as liberdades.

ROUSSEAU parte da democracia. No *Contrat social*, que é um manual de Estatismo, a unica maneira de ser livre consiste em obedecer á vontade geral; quem se recusa a isso, será constrangido, "ce qui ne signifie rien autre chose, sinon qu'on le forcera à être libre". Aliás, o que se *aliena* (resalva elle) não é tudo no homem: "on convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté". Mas quem fixa a parte que se deve alienar? *Só* o Estado, "le souverain *seul* est juge de cette importance". (No Seculo XX, em discursos tambem de fontes theologico-politicas, o Estado fascista reduzirá a liberdade a nada, ou quasi nada, e o Estado soviético mostrará que *obrigar a ser livre* é missão do Estado. *C'est du Rousseau*!).

O Estado que se viveu no Seculo XIX foi o Estado demoliberal: MONTESQUIEU e ROUSSEAU, fundidos pela vida. Nos escriptos delles, democracia e liberalismo são oppostos; na realidade e para os que, depois, refizeram os conceitos, nenhuma contradicção existe. MONTESQUIEU não poderia inspirar o socialismo: contradictorio, se ás vezes lhe encontramos phrases como esta: "l'inégalité rentrera par le côté que les lois n'auront pas défendu", em verdade é um inimigo do socialismo; ROUSSEAU, impreciso, ficou entre o socialismo ("la terre à personne et les fruits à tous") e o anarchismo, em singular Estatismo: o Estado potencialmente omnipossuidor, mas sem *sentido unico*.

O Estado antigo não conhecia direito de liberdade. A cosmogenia, a anthropogenia e a epistemologia daquelles tempos não permittiam a politica da opposição "individuo-communidade". No Seculo XVI, apenas se substitúe á idéa do universalismo a *imprecisa* idéa de Igrejas nacionaes e a assaz *precisa* de nacionalidade. Não sendo igualmente clara a distribuição, a religião pôs-se, desde então, em frente ao Estado. Operada a *individualização*, porque no individuo é que se manifestava a defrontação religioso-politica, surgiu o conceito de liberdade religiosa.

As declarações de direitos de natureza contractual começam com a Magna Carta de 1215, o Habeas Corpus Act de 1679 e o Bill of Rights de 1688. Mas a concepção de direitos fundamentaes tém suas raizes em terreno philosophico[1]. Legislativamente, o primeiro texto é a declaração do Estado da Virginia, de 12 de junho de

1. Sustentou G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, que a idéa dos direitos fundamentaes evolveu da liberdade religiosa.

1776, a que se seguiram a da Pensylvania (11 de novembro de 1776) e outras. A Constituição federal de 1787 não continha declaração de direitos; só os *Amendments* de 1789-1791 inseriram alguns preceitos de direitos fundamentaes.

Nos nossos dias, a liberdade não é mais principio absoluto, axioma de doutrina politica, que se insira nas Constituições sem se lhe preverem as consequencias. Para o constituinte de hoje, a liberdade é *problema technico*. Ha uma technica da liberdade como ha uma technica da democracia e uma technica da distribuição dos poderes. Os velhos textos, que tudo pareciam abranger, eram como linhas infinitas, que tudo alcançassem numa direcção e nada transversalmente. O homem fez-se livre, integralmente livre, aprioristicamente livre. Mas bem cêdo se verificou que eram precisos novos preceitos declaratorios de liberdade e que as outras liberdades deviam ser extendidas até onde um homem livre as julgasse beneficas ao homem. Um homem livre não poderia admittir que o ébrio habitual pudesse ter direito a beber sempre. (A questão foi levada ao campo da moderna Biologia, onde doutrina seleccionista absoluta entendeu — DARWIN de mãos dadas a MONTESQUIEU — que a liberdade, como a tuberculose, apressava a desgraça dos fracos...)

As liberdades idividuaes não existem por si e para si, não são incompressiveis, illimitaveis, em seus enunciados aprioricos. O individuo é que é livre; a liberdade existe para o individuo. Por isto mesmo, quando verifica que o individuo é lesado por ella, o Estado ampara, protege, vela pelo individuo. O alcoolismo, o uso de toxicos, a prostituição, suscitam medidas de protecção, que limitam as liberdades formaes, *para que* o individuo *possa* ser livre. Sem liberdade moral não ha liberdade.

Quando novo facto politico cria ordem nova, ou, por meio de revolução, se erige novo principio de integração estatal, afloram á consciencia as novas declarações de direitos. Foi o que occorreu em 1776, em 1789 e em 1918 para a America do Norte, a França e a Russia. Proclamações de novo ethos do Estado, de novo fim global constitutivo (*konstituirende Gesamtzweck* de R. SMEND).

Nos nossos dias, apresentam-se-nos quatro typos de declarações: a do Seculo XIX, a da Russia, a do Fascismo e a do Estado *intermedio*. Nos *Protokolle* alemães podemos assistir á eclosão de uma declaração hybrida, porém outras foram tentadas. FR. NAUMANN entendia que a declaração russa seria directa consequencia de qualquer Constituição socialista; não sendo o Estado alemão Estado burguês-individualista, nem bolcheviquesocialista, precisava fazer coisa *sua*. Não foi isso o que se teve. O programma, interfraccional em vez de uno, juntou elementos, misturou-os. De qualquer modo tivemos um typo intermedio, que não é o de 1789 nem o de 1918. Melhor diremos um dos typos intermedios, porque muitos são possiveis.

2. *Os direitos fundamentaes*

Na technica constitucional dos nossos dias, os seguintes pontos são expressivos:

1. Os *direitos fundamentaes* não se confundem com os outros direitos assegurados ou protegidos pela Constituição. As constituições não protegem só direitos fundamentaes. Vão além delles e das linhas separativas dos poderes. Seria erro crer que o simples facto de inserir-se em constituição um direito e, portanto, não permittir a alteração por lei ordinaria o torne fundamental. Direi-

tos fundamentaes valem *perante* o Estado e não pelo accidente da regra constitucional. São concepções estataes dentro das raias que aos Estados permitte o direito internacional. Taes concepções não lhes alteram a essencia; são concepções da protecção, e não da existencia de taes direitos. A sua essencia, a sua supraestatalidade (*Ueberstaatlichkeit*) é inorganizavel pelo Estado; o que é organizavel, como demonstrou K. WALTZENDORFF, é a protecção juridica[1]. Mas, para nós, isto não quer dizer que, evolvendo, o direito internacional não possa chegar á organização dos direitos fundamentaes. Os conjuntos de direitos fundamentaes olham, de frente, o Estado, constituem[2] "estações no eterno processo *the man versus the Stale*, em ondas que vão e vêm". A technica das *declarações* é que muda. Se procedem do direito natural, ou não, é problema que não se deve levantar no direito constitucional. Antes, no direito internacional, já se pôs. Sejam direitos naturaes, ou não o sejam, já no direito constitucional se erguem *deante* do Estado, pela preeminencia do direito internacional, que — não obstante a sua imperfeição — é o direito *humano* no mais alto gráu.

2. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicilio e da correspondencia (correios, telegraphos, telephones) são tidos como direitos fundamentaes absolutos (KURT HAENTZCHE, CARL SCHMITT). Relativos os de contracto, commercio e industria, e o de propriedade. Exi-

1. K. WALTZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht*, Breslau, 1916.

2. RICHARD THOMA, *Festgabe für das preussische Oberwaltungsgericht*, Berlin, 1925, p. 187: «Grundrechtverbürgungen sind Stationen in dem ewig hin- und herflutenden Prozess *the man versus the State*».

stem estes, mas valem *conforme a lei* (nach Massgabe des Gesetzes", "aus den Gesetzen"); á differença daquelles que se formulam de modo absoluto, cabendo á lei regular as excepções. Aqui, ha impropriedade de expressão nas constituições da Alemanha (art. 118, cp. 142), de Danzica (art. 79) e da Turquia (art. 77), que concebem como relativo o direito fundamental de opinião. Certas, a da Estonia (§ 13), a da Lituania (art. 16) e, um tanto confusa, a da Tchecoeslovaquia (§§ 113, 117). A da Finlandia (§ 10), a da Grecia (art. 16) e a da Rumenia (art. 5) cosagram o direito, e deixam ao Estado regular o exercicio. Evidentemente, o "nos limites da lei", *innerhalb der Schranken*, que apparece na Constituição alemã (art. 118), foi infeliz. A polonesa (art. 105) lembra MONTESQUIEU, mas, no art. 104, parece conceber como relativo o direito de opinião.

Ao lado dos direitos fundamentaes, a Constituição alemã insere deveres: funcções honorificas (art. 132), serviços pessoaes ao Estado e ás communas (art. 133), contribuição para os encargos publicos, em proporção dos meios do cidadão (art. 134). Deveres de *origem estatal*, — constitucionaes, portanto, e não *supraestataes*. No art. 163, reflecte-se o caracter de compromisso que tém a Constituição alemã (dever de empregar as forças intellectuaes e physicas conforme o interesse da collectividade, sem prejuizo da liberdade pessoal).

3. A democracia transformou-se, de direito politico, de *Status* (G. JELLINEK), passou a direito das gentes (F. FLEINER); quer dizer: foi alçada pelo direito internacional ao nivel de outros direitos fundamentaes, com que, aliás, não se confundia, nem passou a confundir-se. Os direitos fundamentaes que a technica da democracia consagra são os seguintes: *a*) o de igualdade perante a lei; *b*) o de voto; *c*) o de igual admissão aos cargos pu-

blicos. Pretendem juntar a taes direitos o de petição. O voto das mulheres é caso particular da igualdade electiva e, portanto, constitúe direito democratico fundamental, a que o direito internacional tém de dar a mesma efficacia supraestatal.

a) Todos[1] são iguaes perante a lei. O principio dirige-se a todos os poderes do Estado. E' imperativo para a legislatura, para a administração, e para a justiça. Aliás, pódem ser *explicitados* dois principios: um, da igualdade *perante* a lei feita, e outro, de igualdade nas leis a fazer[2]. Não é só a applicação que precisa ser igual; é preciso que seja igual a legislação. O principio igualitario abre para o lado dos orgãos applicadores (Poderes executivo e judiciario) e para o lado do orgão legiferante. Na Tchecoeslovaquia é assaz importante (§ 28, relativo ás minorias), e lá, o principio, criando[3], como deve criar em todos os Estados, direitos subjectivos, presta relevantes serviços de integração. Sem razão WEYR, que nega ao principio da igualdade caracter posi-

1. Formula da Constituição brasileira de 1891, art. 72, § 2°. Cidadãos, dizem a alemã (art. 109, alinea 1ª: «os alemães»), a austriaca (art. 1, 1ª alinea), a estoniana (§ 6), a finlandesa (§ 5: «cidadãos finlandeses»), a grega (art. 6: «Hellenos»), a lettã (art. 82), a lituana (art. 11: «cidadãos lituanos»), a polonesa (art. 96), a rumena (art. 8, 2ª alinea), a tchecoeslovaca (art. 106, n. 2: «todos os habitantes», 128: «todos os cidadãos»), a turca (arts. 68, 92: «os turcos»), a espanhola (art. 2: «todos os espanhóes»).

2. Sobre este ponto. — ADAMOVICH, *Grundriss der oesterreichischen Staatsrechts*, Wien, 1927, p. 106; — *Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechts*, Wien, 1929, p. 61.

3. J. KREJCI, *Základní práva obcanska a rovnost pred zákonem*, Praga, 1929, p. 165 s.

tivo[1], na esteira de FREYTAGH-LORINGHOVEN, para quem o preceito não diz mais do que: "a lei vale para todos para os quaes vale" (das Gesetz für alle gilt, für die es gilt). SWOBODA tentou discriminar as tres grandes funcções do preceito: *a*) para o direito *in fieri*, como principio regulativo da legislação; 2) para o direito vigente: como meio da interpretação, no caso de duvida; 3) no caso da lei, como fonte de direito[2].

O preceito não veda que se adoptem criterios para taxações[3]. Não férem o principio: a quota do Estado nas heranças e os impostos successorios progressivos em funcção do valor da fortunas; os impostos de renda progressivos; os impostos sobre terras e edificios, progressivos, em funcção das fortunas.

O direito constitucional contemporaneo, nas republicas democraticas, reconhece ao preceito a garantia da invocação judicial. O Brasil já sanccionava a inconstitucionabilidade de lei que o violasse.

A *garantia do juiz legal* e a outra, contra a *diversidade de juizos* (fôro de excepção), que se subsume na-

1. WEYR, *Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze und subjektive Rechte*, em *Juristen-Zeitung für das Gebiet der Tschechoslawakischen Republik*, vol. 12, p. 81.

2. SWOBODA, *Die Bedeutung des Grudsätzes der «Gleichheit vor dem Gesetz» für das Gebiet des Privatrechtes*, em *Oesterreichische Anwalts-Zeitung*, vol. VIII, n. 10-12, ps. 205-207.

3. Ainda ha pouco, dizia a Suprema Côrte dos Estados Unidos, no caso State Board of Tax Com'rs of Indiana v. Jackson (18 de maio de 1931, Supreme Court Reports, vol. 51, p. 543): «It is not the function of this Court in cases like the present to consider the propriety or justness of tax, to seek for the motives, or to criticize the public policy which prompted the adoption of the legislation. Our duty is to sustain the classification adopted by the legislature if there are substantial differences between the occupations separately classified. Such differences need not be great».

quella[1], constituem caso particular da igualdade perante a lei. Entende CARL SCHMITT que em verdade são simples garantias institucionaes.

b) O voto *igual* está em todas as Constituições. O censo alto, desde que não seja de ordem economica, ou religiosa, de sangue ou de classe, não infringiu o principio. Homens e mulheres são iguaes.

No Estado fascista, que realiza *minimum* democratico, em vez de se corrigir a desligação entre o povo e o Poder legislativo, transformaram-se os detentores do poder em titulares do *poder estatal*[2]. A palavra representação perdeu o conteúdo; a propria razão de ser, porque não ha a coisa que ella exprima.

c) O principio da igual admissão aos cargos publicos significa: que, para o provimento de cargos, as leis não pódem exigir requisitos de nascimento, classe social, sexo, religião, ou crenças politicas, ou naturalidade de alguma região; que os requisitos objectivos pódem ser exigidos, como a força physica para certos serviços, indices neuropsychologicos, antecedentes moraes, preparo especial scientifico.

4. A technica do socialismo enriqueceu a construcção constitucional dos nossos dias: o direito ao trabalho, o direito á instrucção e á educação iguaes e gratuitas[3], o direito das familias numerosas á protecção e ao cuidado do Estado, o direito aos meios de existencia (não se confunde com o direito ao trabalho).

Junto a esta obra criadora do direito socialista, surge a obra limitativa, corregidora que reduz *ao que devem*

1. E. KERN, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, 1927, p. 234.

2. Cp. G. LEIBHOLTZ, *Das Wesen der Repräsentation*, Berlin, 1929, p. 98 s.

3. Soviet, 1918, art. V, 17; Alemanha, art. 145.

ser certos direitos constitucionaes. Obra de pouco mais de um decennio, existe, no direito positivo das nações renovadas, o *novo* conceito de propriedade. Nas doutrinas, nas theorias sempre houve novos conceitos de tal direito. A propria historia mostra que nem sempre foi a mesma a comprehensão de propriedade. Porém não é a isto que nos referimos. Referimo-nos ao conceito de propriedade, tal qual exsurge no novo *direito constitucional positivo*. A guerra e as revoluções que se succederam, nos nossos dias, alteraram, profundamente, tal conceito. Se beneficios trouxe (e não ha negá-los) aquella calamidade européa, o maior, foi, por certo, o rompimento das espessas muralhas de ordem conceitual, com que, mais nos espiritos do que na propria ordem material[1], a propriedade se protegia de todas as mutações politicas e sociaes. Não lhe bastava, para tal resistencia, a instabilidade especifica do phenomeno juridico: protegeu-se de considerações moraes, religiosas e, no proprio terreno mais renovavel do direito publico, conseguiu a força fixadora dos preceitos positivos das constituições, com que subjugava os legisladores ordinarios e punha ao serviço do seu fortalecimento a justiça e a doutrinação constitucional. Para MENGER, a propriedade privada "sacra" e "inviolavel" é ficção. Em verdade (e a nossa explicação é mais scientifica), o conceito, para se enriquecer de estabilidade, havia adquirido caracteres alienigenas, religiosos, moraes, tech-

1. Cp. *Systema*, II. 327: «Existe e é effectivo o direito de propriedade pela actuação nos actos e nos sentimentos dos que não são os proprietarios das coisas, isto é, do *alter;* de modo que se esvae a idéa de unilateralidade e, em vez do individuo, como polo activo, é de mistér entidade de conteúdo e indole mais geral: os outros homens, o resto da sociedade, o conjunto dos homens que compõem o circulo social».

nicos. Ligada ao facto posterior, historicamente recente, do *capitalismo*, tomou a feição actual, typica, hoje homogenea, de propriedade capitalista, — o romanismo, o constructivismo do direito romano, affecto aos fins da moderna absorpção industrial e financeira.

Que conceito novo é este, a que os olhos abertos para a vida — abertos, á força, pela guerra — nos permittiram ver? O conceito da propriedade como *funcção social*. Segundo elle, a propriedade só se póde justificar por sua funcção social. E' assaz interessante notar que um dos responsaveis pelo individualismo doutrinario, em que se plasmara o direito positivo do Seculo XIX, fôra adversario da propriedade individual (ROUSSEAU, em *Contrat social* e em *De l'origine de l'inégalité parmi les hommes*). Depois disto, SAINT-SIMON preconiza, em *Le nouveau Christianisme* (1865), a socialização da propriedade. Antes delle, em dizeres nitidos, lapidares, JOSÉ BONIFACIO, no primeiro quartel do Seculo XIX, pregou que a propriedade só se justificava pela sua funcção social. Em 1840, PROUDHON combate a propriedade, que, para elle, é roubo[1]. Após, vêm os movimentos socialista e anarchista contemporaneos, que, aqui e alli, conseguiram, em casos concretos ou em generalidades, golpear o conceito individualista da propriedade, até que, no proprio terreno juridico, se construiu a theoria que nega a existencia de direitos individuaes. Um dos principaes doutrinadores[2] chega ás mesmas conclusões, quanto á propriedade, a que haviam chegado as theorias. Assim como DUGUIT em França,

---

1. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété?* Paris, 1840, vol. I, ps. 229-234.

2. LÉON DUGUIT, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 21.

pensam MARTIN WOLFF e HEDEMANN[1], na Alemanha, COSTIN, na Rumenia, Z. PANNOVITCH, na Yugoeslavia. Nos nossos livros, ainda nos de direito positivo, nunca aceitámos outro conceito de propriedade,

A concepção que hoje prevalece na doutrina é a seguinte:

a) O direito de propriedade é variavel, no tempo; adapta-se ás differentes situações sociaes. Só apriorismo estreito, a serviço de exagerado egoismo individualista, podia querê-lo invariavel.

b) A despeito de definições como a dos Codigos Civis austriaco, § 354, francês, art. 544, italiano, 436, belga, 544, hollandês, 625, espanhol, 348, rumeno 480, já se concebia sem o caracter de absoluto o direito de propriedade. Do *Landrecht* prussiano ao Codigo Civil alemão, § 903, e ao Codigo Civil Suiço, a evolução foi sensivel, *ainda no terreno da technica.*

c) A partir de 1919, a nova technica legislativa, mais convencida da funcção social da propriedade, entra no dominio constitucional. A Constituição alemã, no art. 153, alinea 3, preceitúa: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Best"; a propriedade obriga; o uso della deve ser, ao mesmo tempo, serviço ao interesse geral. Não se trata de proposições vãs; e sim de directivas, diz ANSCHÜTZ, traçadas ao legislador futuro[2]. A constituição affirma a existencia da propriedade, garante-a, mas só nos li-

---

1. ENNECCERUS, KIPP u. WOLFF, *Lehrbuch, des bürgerlichen Rechts*, 8. Bearbeitung. Marburg, 1929, vol. III, p. 189: «Das privateigentum steht letzthin im Dienste der Allgemeinheit». HEDEMANN, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, 1919, p. 1 s.

2. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 13. Aufl., Berlin, 1920, p. 620.

mites fixados pelas leis. Aliás, a primasia cabe á Constituição badense de 21 de março de 1919, § 14: "A propriedade é posta sob a protecção da constituição. E' limitada em consideração dos interesses economicos collectivos". Aqui, o individuo e a collectivdade entram na equação. Precisamente conforme theorizamos nos Capitulos I e II do *Systema*, vol. II.

Tambem na Constituição da Rumenia de 28 de março de 1923, art. 17, a propriedade não é "sacra" e "inviolavel". Commentando-o, diz o jurisconsulto rumeno ANDREI RADULESCU[1]: "Evolvendo neste sentido (o do novo conceito), a Constituição de 1923 não declara sacra e inviolavel a propriedade, mas só garantida e protegida, salvo a desapropriação. Assim entendida, a propriedade só representa funcção social". Na Constituição dos Serbos, Croatas e Eslovenos, o art. 37 estatúe: "A propriedade obriga. O uso da propriedade não deve prejudicar os interesses da communidade. A lei determinar-lhe o conteúdo, a natureza, a extensão e os limites".

Na Constituição alemã, art. 155, alinea 3, diz-se: "Die Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens ist eine Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft". O trato e a utilização do solo é dever do proprietario para com a communidade. Tal concepção é excedida pelo direito soviético, onde o gozo dos direitos civis tém o caracter de doação *sub modo* (escopo do interesse publico). Cp. Codigo Civil soviético, art. 1.

Na Rumenia, só os rumenos e os naturalizados pódem adquirir, a qualquer titulo, immoveis ruraes. Os estrangeiros só têm direito ao valor dos immoveis (art. 18).

---

1. ANDREI RADULESCU, *Saizeci de ani de Cod Civil*, Bucaresti, 1926, p. 35.

A regra contemporanea — "garante-se a propriedade; o conteúdo e os limites são fixados por lei" — significa que se mantém e protege a propriedade como tal, e em geral como instituto juridico. As leis ordinarias não pódem exclui-la; nem os actos administrativos, nem as acções dos individuos. O principio garante quanto aos governos, á legislatura e aos particulares. A segunda proposição não elide a primeira. Uma das limitações está nas proprias constituições; expressamente incluida, por se tratar de acto dirigido a *um* e não *geral*, como a lei propriamente dita.

c) A desapropriação ordenada em lei não se transforma em lei, no sentido *material;* só formalmente é lei. A expressão "conteúdo" (da propriedade) não importa em tautologia. Dá-se o mesmo com a outra: "limitações". Conteúdo é o poder juridico, que o direito objectivo confere á propriedade. E' a lei que fixa (não a Constituição) os limites, as raias, dentro das quaes a ordem juridica permitte que aquelle poder se exerça. Taes limitações de direito publico não se confundem com o acto de desapropriação. Desde que a limitação conste de lei, ou de acto administrativo em execução de lei, que determine o conteúdo e os limites da propriedade quanto a proprietarios, em geral, que se achem em certa situação juridica, está dentro da Constituição. Se constitúe retirada da propriedade de alguem, para outrem, inclusive as entidades de direito publico, dá-se a desapropriação. Mas a linha separativa difficilmente se traça.

d) O Estado não estaca deante do direito de propriedade. Garante-o, *dentro da lei*. Todo acto resultante de excitação publica pecaria pela immoralidade: a lei, que fizér, não vale. Entrou o arbitrario, em vez do exercicio do poder de legislar. Não viola os direitos fundamentaes a lei que limite as massas patrimoniaes

com fundamento na offensa á funcção social da propriedade, a lei que socialize todos os meios de producção, que circumscreva a fortuna ou os objectos que um sujeito de direito póde ter (HERRFHARDT exemplifica: "como os latifundios"), a lei que decreta a supressão com o criterio de não haver prova de que o suprimido não foi ganho com o proprio trabalho.

As limitações invocaveis ao poder de legislar são de ordem moral, economicas, politicas, religiosas, — não, porém, juridicas. Constituem actos juridicamente impossiveis: as requisições e confiscos, que não sejam resultantes de applicaçã normal de leis validas (no sentido acima); a expropriação de determinadas pessôas, por motivos politicos. Em regra, as desapropriações se fazem mediante indemnização; não cabe indemnizar-se o proprietario, quando em virtude de excesso em relação ao maximo de massa patrimonial ou pela origem da acquisição. A desapropriação sem indemnização do producto do trabalho *proprio* seria acto immoral e *antijuridico* do Estado. A propria Constituição não póde permitti-la; a liberdade ferida não é a de propriedade, — e sim a de trabalho. Tão pouco, a de tudo o que tém o individuo, sem deixar que subsista e trabalhe, salvo se effectivamente assegurados pelo Estado os dois direitos: de subsistencia e de trabalho.

A Constituição alemã consagrou o direito á existencia, aos meios para subsistir. O Estado deve dar a todo alemão a possibilidade de ganhar a vida por um trabalho productivo (art. 163, alinea 2, 1ª parte). Todo alemão é obrigado ao trabalho. Mas, se uma occupação conveniente não lhe é indicada, prover-se-á a seu sustento necessario, — *wird*, diz o texto, *für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt* (alinea 2, 2ª parte). Os pormenores são regulados por lei do Reich (alinea 2, 3ª parte).

A consciencia universal já desperta em favor do individuo concreto. O direito das gentes já se aproxima das questões ditas sociaes. Mais algum tempo, e o direito á subsistencia entrará nos principios do direito international commum, como dever fundamental dos Estados. Os povos que não estão aptos a assegurar o direito á existencia terão de ser olhados como susceptiveis de tutela. O socialismo já revelou o direito *publico* á existencia; já o fez, em alguns Estados, *constitucional;* passando ao dominio do direito das gentes, terá de fazê-lo direito internacional dos individuos.

5. São méras garantias institucionaes: o direito ao juiz legal, e, com elle, a negação do fôro excepcional; a prohibição de leis penaes de effeitos retroactivos e *ex post facto;* a permissão ou prohibição de ensino religioso nas escolas publicas; a vitaliciedade e outras eguranças dos funccionario. Inclúa-se tambem a separação de poderes, que certos juristas[1], ainda hoje, pretendem seja essencial á liberdade.

---

1. CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, München u. Leipzig, 1928, p. 126. A idéa fundamental da liberdade do cidadão leva, nas constituições modernas, a duas consequencias a que correspondem dois principios, o de repartição (*Verteilungsprinzip*), segundo o qual é illimitada, *em principio*, a esphera de liberdade do individuo, em quanto limitada a acção do Estado no penetrar em tal esphera, e o de *organização*: a actuação do Estado *parte-se*, segundo systema de repartição das competencias. O primeiro principio encontra a sua expressão na série dos chamados *direitos fundamentaes* ou *de liberdade;* o segundo, na *theoria da divisão dos poderes*. Tambem HAROLD I. LASKI, *A Grammar of Politics*, London, 1925, p. 296: «that in every state some distinction between the three powers is essential to the maintenance of freedom».

3. *Conclusão*

Em cada povo ha um cerne de liberdades e de outros direitos fundamentaes historicamente conseguidos. O que lhes dá *existencia* e *defesa* é o proprio sentimento das populações, e mais elle do que a inserção em textos. Pódem existir sem se acharem em textos. (Pódem estar em textos e effectivamente não existirem.) Não são immutaveis; porque muda o proprio sentimento, o dado historico. Na Idade Media e em parte do nosso tempo, a defrontação "governados *versus* soberano" deixava nitida a linha caracterizante do *cerne irreductivel*, nas condições historicas em que apparecia. Duas alas rijas de defesa deante do legislador: direito das classes, direitos adquiridos. O absolutismo posterior borra os traços negativos do poder legiferante; mas a força não consegue apagar, nas almas, a consciencia dos direitos, a lembrança metavisual daquellas alas protectoras, daquelle cerne, theoricamente invulneraveis. Todos os absolutismos são noites entre duas auroras, ou cáos sobre que se extenderá a luz. Um dos esplendores matutinos nasceu da doutrina do direito natural. O sol que se ergue, a entidade que faz recuar o poder absoluto, já não é a Classe, — e sim o Individuo. Em vez das barreiras historicas, levanta-se a barreira do racionalismo, dos direitos materiaes innatos do individuo. Liberdade e democracia são os dois gladios em frente ao monarca. Mas começou a confusão tragica: entendeu-se que o Parlamento, representando o povo, seria sufficiente amparo aos representados, e não se viu que a democracia representativa, podendo tudo fazer, podia modificar a Constituição, e, pois, com ella, os *direitos fundamentaes*. Em quanto havia monarcas, elles podiam servir de anteparo á omnipotencia das assembléas. Acabados os monarcas, ou reduzidos a assistente dos dramas poli-

ticos, nenhuma restricção seria efficaz: Começaram os povos a meditar no que tinham alienado, na transformação por que passara, nas mãos da burguesia e recentemente dos capitalistas, a democracia *representativa*. O Seculo XX marca o auge da critica. O resultado foi o que se viu: novos idealistas e juristas de visão politica arrebentaram, nas constituições recentes, os velhos moldes da democracia representativa.

Até aqui, o problema do *cerne irreductivel* da liberdade e dos outros direitos fundamentaes fôra visto no plano da democracia representativa. Mas, em verdade, é mais profundo. Se entregamos ás iniciativas e decisões populares, á democracia pura ou mixta, o poder de legislar, elle resurge, e com aspecto ainda mais tragico: *o povo, titular do poder estatal, póde despojar-se dos seus direitos fundamentaes, daquelle cerne de liberdade que definiramos como irreductivel?* A questão é uma das mais difficeis do direito contemporaneo. Tanto mais difficil quanto os nossos dias mostram que ha direitos fundamentaes ainda não sufficientemente *revelados*, como imagens que já estão na placa photographica e ainda se não nitidificaram ao contacto lustral do banho de fixação. A democracia omnipotente, que vê o povo como capaz de resolver a propria escravidão, porque até isto póde, é a negação de direitos irreductiveis, o autoritarismo ultimo, mas, por certo, a consequencia logica de todo Estado *só* democratico. E' de Rousseau a phrase terrivel: "si le peuple veut se faire du mal, nul n'a droit de l'empêcher". A "infallibilidade do povo".

No fundo, a pergunta é a mesma: ha nas Constituições, ou subentendidas por ellas, liberdades e outros direitos fundamentaes que os legisladores, seja o monarca, seja a assembléa, seja o *proprio povo*, não pódem ferir? Noutros termos: ha direitos *anteriores* ao direito

de legislar? As respostas principaes foram e são as seguintes:

I. E' possivel a lei *injusta*, porque o Direito é feito pela communidade, independente. Na obra de GIERKE, o Estado, para conseguir a força interior necessaria á sua missão cultural, busca o apoio do pensamento juridico. Se se reduzisse a poder que actúa, a poder a que basta a força physica, a vida politica degeneraria em despotismo. Por conseguinte, o Estado não precisa basear no Direito o seu poder, de modo que a consciencia popular receba a ordem do Estado como simultaneamente juridica. Noutros termos: o Estado politico-juridico. Mas a accepção não responde á nossa pergunta. E não responde, porque não sabe o que é irreductivel no direito, nem, tão pouco, se a consciencia exige o direito como forma ou como o minimo de algo materialmente necessario.

II. O poder politico é vinculado pelo *ius divinus* e pelo *ius naturale*. A lei deve ser justa *ex parte finis*[1], e não só *ex parte auctoris* ou *ex parte formae*. A doutrina é um tanto equivoca. Os direitos irreductiveis são os da autoridade publica, os resultantes da sociedade familiar, o de propriedade privada e alguns direitos individuaes. Mas, no coração do assumpto, a attitude é desconcertante: sómente é contraria ao direito a escravidão que derogue todos os direitos ao escravo, que se converta em instrumento em mãos de outrem; a outra, se

1. Cf. VICTOR CATHREIN, *Philosophia moralis*, editio undecima et duodecima, Friburgi Brisgoviae, 1921, p. 182; — *Moralphilosophie*, 5. Aufl., Freiburg u. Berlin, 1911, vol. I, ps. 527, 531 s.

não é derogavel, é toleravel e não contraria directamente o direito natural[1].

III. A moderna consciencia juridica reconhece a existencia de principios juridicos que escapam ao arbitrio legislativo (G. JELLINEK). Portanto, limitações juridicas. Em 1923, TRIEPEL sustenta haver principios immanentes á ordem juridica como tal, principios que limitam a faculdade legislativa. "Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht", diz H. TRIEPEL[2], "das Gesetz steht unter dem Recht". O contrario seria a "nomarchia", a que se refere J. GOLDSCHMIDT[3].

IV. O Estado não é violado juridicamente por limitações juridicas; só as existem moraes e politicas[4]. A consideração superior do bem commum póde suggerir e autorizar a intervenção em quaesquer direitos subjectivos.

Não é possivel admittir o *factum brutum* da força como fonte incondicionada e fim. Aquelles mesmos, como MARX e o bolchevismo, que o prégam, não attendem a que o proprio ideal que os guia, simples e univoco, cria limitações *juridicas* á liberdade de legislar. Mais se aprofunda o estudo do socialismo e do proprio Estado soviético, mais se lhes descobre o intuito subjacente, transdialectico, de *revelar* novos direitos fundamentaes.

---

1. Cf. VICTOR CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4.Aufl., 1904, vol. II, ps. 439, 445 s.

2. H. TRIEPEL, em *Festgabe für Kahl*, 1923, p. 93; — *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin, 1924, p. 24 s.

3. *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 245 s.

4. GEORG MEYER, *Der Staat und die erworbenen Rechte*, 1895, p. 14 s.

Portanto, novas limitações. Quando MALITSKY aponta a doutrina do Estado de direito como doutrina do Estado *não-livre*, não vê que o Estado soviético é o mais interessado em ser Estado de direito, porquanto, no Estado burguês, a violação dos direitos fundamentaes não compromete o systema, que é o capitalismo individualista, porém só a esphera de alguns individuos, ao passo que a violação, no Estado soviético, compromete todo o Estado. Uma injustiça patrimonial no Estado burguês fére a um atomo social; a injustiça no Estado soviético, necessariamente positiva, põe em perigo todo o fundamento do Estado politico-juridico-economico. O direito soviético veio pôr ao vivo um direito que já se extrinsecou em constituições não-soviéticas, — o direito á existencia. Bastaria este para infirmar o pretendido positivismo ajuridico dos juristas russos.

E' ao socialismo que se deve a maior influencia vivificadora nas Declarações de Direitos dos nossos dias. Outra influencia é a exercida pelo Estado integral, trazendo ao texto dos "direitos" as novas situações juridicas das corporações religiosas, por exemplo. Aquella, ou se operou directamente, por força dos partidos socialistas, ou indirectamente, pela propria renovação da mentalidade dos constituintes, inclusive deante dos exemplos. Aqui, é de justiça pôr em relevo o bom senso dos politicos que, deante dos phenomenos do mundo actual, procuravam linhas intermedias de solução. A Russia serviu-lhes de aviso. O que é certo é que a questão social, nos seus aspectos claros, já não póde ficar fóra das novas Contituições.

CAPITULO IV

TECHNICA DA JUSTIÇA

A technica da justiça começa por enfrentar dois themas difficeis, o da independencia dos juizes e o da subordinação dos juizes á lei. Teremos ensejo de ver que a subordinação é ao *direito*, e não á *lei*, por ser possivel a lei *contra* o direito. Aliás, já temos tratado largamente, desde 1922, da insubsistencia das leis intrinsecamente incompativeis com principios immanentes á ordem juridica.

Após isto, ha a technica das relações entre a justiça e os outros orgãos, envolvendo dois problemas de grande relevo no direito constitucional: a apreciação da constitucionalidade dos actos dos outros orgãos e o papel do juiz na unidade do direito e na *elaboração da lei* (papel ainda mais concreto do que o outro, hoje innegavel, da *revelação do direito*).

1. *Independencia dos juizes e subordinação á lei*

I. Os juizes são independentes. Tal principio de independencia dos juizes não sómente contém directiva aos legisladores, como tambem direito immediato, im-

perativo, dirigido aos juizes. Já o tinha o Brasil, desde a Constituição Imperial, art. 151. Juizes: quer dizer "todas as pessôas que, em qualquer lugar ou tempo, por determinação legal, tenham de julgar".

Entende BÖTTICHER que a regra "os juizes são independentes" é impraticavel; ADOLF ARNDT tira do art. 102 da Constituição alemã a seguinte conclusão: ninguem póde exercer funcção judicial do Estado, sem que adquira, por força da Constituição, independencia[1]. Sim; mas que é funcção judicial? E' possivel distincção funccional entre justiça e administração? O dualismo não será só dos *orgãos* e não das funcções? CARRÉ DE MALBERG[2] e ADOLF MERKL[3] pensam que são signaes distinctivos formaes, que não ha *conceito material de justiça*. A unica differença é de ordem organizatoria, — a situação juridica do orgão em relação aos outros orgãos do mesmo complexo de orgãos. A administração caracteriza-se pela subordinação, a justiça pela coordenação. Daí dizer MERKL que juiz é quem é independente. Mas quem é independente? Ora, se a Constituição diz que o juiz é independente, a independencia advém-lhe da situação juridica, e não esta daquella. Administrar, diz ARNDT, é resolver para a sociedade; julgar, para os particulares[4]. Sim, e não. Sim, porque isto consulta dados materiaes; não, porque a differença é tambem politica,

---

1. ADOLF ARNDT, *Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, 1932, vol. 21, p. 187.

2. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, vol. I, p. 787.

3. ADOLF MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927, ps. 21 s., 33 s.

4. ADOLF ARNDT, *Richter, Gericht und Rechtsweg*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 21, p. 212.

organizatoria, e póde occorrer que a administração invada a justiça ou esta aquella. GOLDSCHMIDT mostrou dois planos do direito subjectivo: o material e o processual[1]. Mas ainda aí fracassa a distincção material entre justiça e administração, porque as linhas da jurisdicção são *organizatorias*. Por isto mesmo, no sentido do art. 102 da Constituição alemã, juizes são os juizes em sentido material e os juizes em sentido formal, isto é, ainda que não decidam questões juridicas, desde que imperativamente componham as partes[2].

A technica da independencia não é a mesma para todos os juizes. A que serve aos juizes em geral não poderia bastar para os tribunaes que apreciam actos dos outros orgãos do Estado. A' independencia dos Tribunaes de justiça politica e constitucional é indispensavel que a composição delles não independa de leis ordinarias e que o processo, perante elles, emane de leis suas. Se isto não se dér, poderá intervir[3] o Poder legislativo ou, através delle, o Executivo. O melhor modo de prover aos cargos de juizes em geral seria o processo da proposta pelos tres poderes (governo, legislativo e o proprio Tribunal) ao Chefe de Estado, se bem que haja outros, como o de escolha pura e simples pelo Chefe de Estado e approvação pela Assembléa ou por uma das Camaras, e o absoluto da cooptação, que não nos parece bom. No Brasil, pelo menos, applicado a juizes ordinarios, provou mal. A experiencia foi contra o proposito *a priori*.

---

1. JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, ps. 151, 288, 496 s.

2. H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, em *Festgabe für Kahl*, 1923, p. 218; ADOLF ARNDT, *Reichsverfassung*, 3.Aufl., 1927, p. 412.

3. CHARLES WARREN, *The Supreme Court in the United States*, Boston, 1924, vol. III, ps. 22 s., 244.

III. Os juizes só são subordinados á lei. Quer dizer: ao que estatuem, em forma obrigatoria, os orgãos competentes para legislar: representantes do povo, ou corpos legislativos mixtos, ou o povo. (Na Italia, o Poder executivo legisla em certos casos; em muitos paises, o proprio povo.) Tambem ao direito costumeiro é subordinado o juiz, porque, no fundo, é direito de origem popular. Já mostrámos que ha direitos que *antecedem* ao conceito de Estado, direitos que, *brevitatis causa*, diremos criados no direito das gentes. Portanto, duas espheras que pódem não ser coextensivas: a *ordem juridica* e a *lei*. Se o *juiz* só se obrigasse ao respeito dos textos escriptos e de nenhum modo pudesse pronunciar-se contra o conteúdo delles, estaria afastada a existencia effectiva de *direitos fundamentaes*, no sentido estricto. A maior verificação seria a da constitucionalidade. Sómente até lá poderia ir o juiz. Se a Constituição, na especie examinada, consagra o direito, a questão não surge. Bastou a verificação judicial perante a Constituição. Mas, se está em jogo a revisão e o juiz tém de verificar os limites do *poder estatal?* Sem sair do direito positivo, póde elle apreciar a actividade do legislador constituinte, seja a assembléa, seja o proprio povo, á luz do direito internacional. Feita tal rectificação á phrase "o juiz é subordinado á lei", que apparece nas constituições, e não exclúe o costume, ainda o derogativo, nem a conferencia das leis com o direito, — podemos passar á funcção controladora nos casos mais ordinarios, que são os da incontitucionalidade ou constitucionalidade dos actos dos outros Poderes.

O Direito é um processo social, *ars boni et aequi*, um dos meios e criterios de adaptar os individuos entre si e á vida commum. Por isso mesmo, e porque a adaptação constantemente cresce, *perfectivel*. Perfectibilidade que se realiza no valor intrinseco das disposições, na

commodidade e precisão technica, no mais exacto intervir na vida de seres pensantes e de sensibilidade intellectual, como são os Homens.

A principal *fonte de direito* é a *lei*. Esta principalidade jurigenea lhe advém da maior *visibilidade* do orgão que a elabora, — orgão que, através dos tempos, nem sempre é o mesmo e perde de despotismo á medida que se opera a evolução social[1]. Vém de cima, dos vertices superiores da estructura politico-social, e incide, de cheio, no organismo collectivo: é um operar-se explicito, visibilizado, da recrystalização social, que fica entre a instabilidade caracteristica dos phenomenos *economicos* e *politicos* e a estabilidade dos outros phenomenos sociaes (arte, moral, religião). Por isto mesmo, no meio social, apresenta-se como algamassa de elementos heterogeneos (politicos, religiosos, economicos, scientificos) e *resiste* ás mudanças que lhe pretende imprimir o orgão ejectivo (politico) segundo a resultante da sua inercia em cada uma das suas partes.

Diz-se que o Direito soffre a imposição politica das regras *escriptas*. Submissão consentida, devido ao feitio violento dos orgãos politicos. Ora, este argumento logo se esvae — se não de todo, pelo menos a ponto de substituir *submissão* por *coexistencia* — quando attendemos a que este respeito, este acatamento, pelo escripto, tambem encontramos nos "costumes escriptos", nos livros de doutrina. Ha um *plus*, — e este *plus* é o da visibilidade e socialibilidade do orgão elaborador.

---

1. Pontes de Miranda, *Systema de Sciencia Positiva do Direito*, Rio de Janeiro, 1922, vol. I, p. 496, II, ps. 278, 279; — *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, p. 321 s. — *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1928, p. 146.

No corrigir a excessiva adherencia ao passado, a perniciosa estabilidade, ou as fugas ao encadeiamento historico, subversivas e violentas, — o Direito, ainda que empregue outras considerações, em verdade provê á moderação, ao equilibrio, á *recta* solução, que a etymologia revela (*directum, ius*).

Este phenomeno mecanico, de ordem social, de physica social, se reflecte em nós como imperativo de um ideal superior de justiça, ideal que é o seu epiphenomeno nas consciencias individuaes. (Tal explicação satisfaz a materialistas e espiritualistas: áquelles, porque lhes dá o *modus operandi*, com os dados do facto, e a estes, porque lhes é indifferente a procedencia, transcendental ou immanente, do ideal superior do justo ou da ordem do mundo.) Chame-se a isto direito natural, ou o que quer que seja, sociologicamente, é o *processo* mesmo, no seu realizar-se permanente e aperfeiçoador das relações humanas. Taes principios superiores não devem ser procurados *por trás* das realidades, do direito escripto e costumeiro, que é *tangivel* e, em relação ao nosso espirito, *centripeto*. Elles são centrifugos, vamos buscá-los dentro de nós, porém informados de tudo que observamos, que aprendemos. A realidade daquelle é mais plastica, apparente, realidade de tudo que reveste: realidade das tunicas. A destes, mais substancial, mais profunda, processiva, como a electricidade que se conduz nos fios, realidade do corpo, que se vestiu (as vestes pódem mudar, só attenúam ou accentúam os traços).

Não é de crer que tudo tenha de mudar nos principios superiores do Direito, da Moral, por isto mesmo que o homem não mudará *em tudo*. O ambiente pouco terá de variar: a crosta da terra, as mesmas raças, os mesmos expedientes fundamentaes.

2. *Apreciação da Constitucionalidade dos actos dos outros orgãos*

A apreciação da constitucionalidade deve recair em todos e quaesquer actos. Assim da Justiça, como dos outros orgãos do Estado, ainda aquelles que só exerçam funcção consultiva, pois a exigencia formal da consulta implica a imprescindibilidade constitucional do exame ou do parecer. Mas o *punctum dolens* está no *judicial control* dos actos do Legislativo.

Assente que se precisava de defesa contra o Poder legislativo, ou se havia de procurar no Executivo, ou no Judiciario. De entrada tém-se aquelle por principal, no caso de ser o governo, salvo quando a especie se subsuma no direito de véto. Restavam duas soluções: o Judiciario e o Chefe de Estado, quando não governasse. As constituições de typo norte-americano tomaram aquelle caminho; outras, o segundo, inclusive, agora, a Alemanha. Nada obstaria a que se combinassem as duas. A Alemanha não combinou: superpôs. Verifica-se judicialmente a constitucionalidade das leis e constituições dos Paises; não se verifica a das leis e revisões do Reich. Quanto a essas, o Chefe de Estado é que funcciona como defensor da Constituição. Logo após a revolução, ALFRED FRIEDMANN (Friters) pediu que se désse á Alta Côrte o poder de declarar nullas as leis inconstitucionaes. Depois, na Assembléa Nacional, surge a proposição de ABLASS, segundo a qual, provocado por 100 membros do Reichstag, poderia o Tribunal de Justiça constitucional decidir sobre inconstitucionalidade. Caiu. No 33º Congresso de Juristas alemães (Heidelberga, 1924), H. TRIEPEL e o GRAF ZU DOHNA suggeriram que se estudasse a possibilidade de se pronunciar, antes da promulgação da lei, o Tribunal de Justiça constitucional, e

que se ampliasse a competencia do Tribunal de Justiça constitucional a todas as questões constitucionaes, pois o art. 19 é demasiado restricto. No 34º Congresso, de novo ANSCHÜTZ e MENDE pedem a ampliação. Todas essas proposições foram adoptadas pelos Congressos. Depois vieram dois projectos, o de 1925 e o de KÜLZ, em 1926, apresentado este á Commissão juridica do Reichstag em 25 de março de 1927. Do relato logo se tira que a Alemanha *caminha* para o *judicial control*, em toda a extensão, a despeito de opiniões contrarias, que — é de justiça reconhecer — descem a critica minuciosa e profunda[1] da supremacia constitucional do Judiciario.

A justiça, no Estado contemporaneo, precisa ser *integrativa*. Tém-se pretendido que seja essencial ao julgar a funcção apolitica. Tanto assim, accrescenta-se, que a sua independencia é só negativa, defensiva, independencia no sentido de ficar livre da actividade *criadora*, politica, dos outros poderes. Daí ter-se dito que é fracção do systema estatal "en quelque façon[2] nulle". Contra isso se insurgiu a moderna concepção, — que ora dá á justiça a verificação da constitucionalidade e até da legitimidade politica, como occorre nos E. U. da America do Norte (no Brasil, durante alguns annos com sensivel amplitude, v. g. extensão do *habeas corpus* aos direitos politicos), ora pelo conhenhecimento da funcção integrativa do direito e não da communidade[3] (se bem que sirva á integração estatal[4]).

---

1. Por exemplo, CARL SCHMITT, *Die Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931.

2. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, cap. XI, 6.

3. WALTER SIMONS, *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 6. Heft, ps. 25, 29.

4. RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, p. 99.

A Europa, neste particular, está aquem da America. Mas o proprio systema americano é *insufficiente*. No momento, a solução sufficientemente integralizadora constitúe problema technico, tão importante quão delicado. Em relação á propria Europa, a America apparece, a seu turno, como inferior: só decide deante de casos concretos, quando surge a *controversy for judiciary nature*.

Se apanhamos, nas linhas geraes, o actual direito positivo dos Estados de *judicial control*, temos:

I. A transgressão dos preceitos da Constituição póde ir á Justiça: 1) quando seja fundamento de acção penal[1]; 2) civil ou contencioso-administrativa; 3) quando levada pelos orgãos do Estado.

O primeiro caso é o da justiça penal repressiva, deficiente pela raridade do funccionamento e usada para afastar a responsabilidade politica: responsabilidade desresponsabilizante. Na Constituição alemã, art. 59, apparece com largueza, para quaesquer casos de transgressão.

II. Em quanto, no passado, os actos que mais se temiam eram os do Poder executivo, são os do legislativo, hoje, os que mais atemorizam certos interesses e actividades. Analyse profunda verá neste *receio das leis* a defesa da economia individualista, e conclusão superficial faria suppôr, sob os factos, a indifferença do interesse collectivo em tal verificação da constitucionalidade dos actos legislativos. Ora, se é certo que o individualismo economico se serviu e abusou do *judicial control*, não é exacta a proposição que liga a tal época de atomismo eudemonico o destino do exame judicial

1. Delictos em que se protege a Constituição, ou em que a delictuosidade suppõe a inconstitucionalidade de algum acto.

da constitucionalidade. Ha interesse technico na necessidade de permanencia e solidez da construcção constitucional, dos proprios fins não-individualistas, em que se proteja a lei fundamental da organização nacional. Proteger contra as maiorias occasionaes ou desvios não profundos do ideal collectivo e a deturpação dos ideaes — de regra, na origem, revolucionarios, novos, — de toda constituição. As *formas* pódem ser tão essenciaes quanto os preceitos juridicos propriamente ditos; as instituições tão dignas de resguardo quanto os direitos subjectivos dos individuos ou das collectividades.

III. A legalidade da legislação, a juridicidade dos actos legislativos, realizada pelo controlo judicial, aperfeiçôa o Estado de Direito[1], dizem uns; é coisa natural[2], adeantam outros.

IV. Os actos do Poder executivo pódem ser examinados pelos processos da responsabilidade *politica*, da responsabilidade *juridica*, e do *judicial control*. Ou o exame pelo legislador, ou pelo judiciario, ou pelos dois.

A responsabilidade *juridica* dos Ministros assegura, até certo ponto, a juridicidade constitucional dos seus actos. Foi um dos reclamos do Estado de Direito, como complemento que a GNEIST parecia bastante, definitivo[3], como garantia que a SCHULTZE e tantos outros pareceu a maior[4]. A pratica mostrou ser insufficiente. Na Ame-

---

1. MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes*, Berlin, 1927, ps. 151. 152.

2. F. ADLER, *Verfassung und Richteramt*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. X (1930), p. 120.

3. R. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1872, p. 175.

4. H. SCHULTZE, *Preussisches Staatsrecht*, 2.Aufl., Berlin, 1888-1890. vol. II, p. 905.

rica, adoptou-se o *judicial control*, mais *individualista*, porque suppõe o litigio *civil*.

3. *Questões de technica constitucional*

Só nos cabe tratar dos pontos sobre os quaes têm de manifestar-se as constituições. Tudo mais fica ao Poder legislativo, que a Constituição cria. No estado actual, são principaes as tres seguintes questões technicas:

1. A Côrte constitucional deve ser distincta da Suprema Côrte?

2. A apreciação da constitucionalidade deve caber-lhe exclusivamente, ou como instancia ultima?

3. O julgamento deve declarar que é nulla a lei ou o acto?

Respondemos "não" á primeira. A segurança da unidade juridica de toda a nação e da constitucionalidade das leis e actos dos orgãos estataes devem ser juntas: no fundo, é a unidade, que se quer, verticalmente (constituição, leis, acto) ou horizontalmente (coherencia do ordenamento juridico). Além da vantagem theorica, existe a vantagem pratica de se pôrem os juizes em contacto com o corpo inteiro do direito nacional. Se uma Côrte tivér a funcção de uniformizar o direito e outra a de apurar a constitucionalidade, por vezes occorrerá que a tendencia uniformizadora de uma não seja no mesmo sentido do pensamento constitucionalizante da outra.

Quanto á segunda pergunta, envolve escolha entre o systema do *recurso extraordinario* (Brasil, 1891) e o adoptado pela Austria, art. 189, n. 2, e pela Espanha, art. 100, o qual consiste em interromperem os tribunaes a decisão e esperarem a resolução da Côrte competente,

instancia unica. Na Austria e na Espanha, associa-se a instancia unica com a Côrte especifica, porém nada obstaria a que se associasse ao systema da Suprema Côrte ordinaria e constitucional.

Quanto ao terceiro ponto, a Austria adoptou a *annullação,* em vez da *nullidade,* — desde o dia da publicação do acórdão, tratando-se de regulamento; desde o dia da publicação do acto governamental de annullação, ou, no caso de prazo fixado pela Côrte, desde o dia em que deva começar a não-vigencia, tratando-se de lei. Tal prazo não póde exceder de seis mêses (art. 140, alinea 3ª). A solução mantém de pé lei ou acto que violou a Constituição; tratou a nullidade como susceptivel de effeitos, quando devia tratá-la como absoluta, que é. Tudo mostra que a concepção, nascida na Europa, no Seculo XVIII, e *vivida* na America, ainda não se aclimou no continente europêu. A lei inconstitucional não tém effeitos; o acórdão opera *ex tunc;* applicar-se-á o direito como se ella não existisse, uma de cujas consequencias é ser applicada a lei que a lei nulla pretendera revogar (inutil a nova 2ª parte, alinea 3, do art. 140, introduzida pela Segunda Novella austriaca de 7 de dezembro de 1929). A questão topologica da competencia para o exame judicial dos actos inconstitucionaes admitte as seguintes soluções positivas:

1. Direito geral, homogeneo, de verificação, por parte de todos os juizes, sem que se adopte qualquer instancia especifica.

2. Exame por todos os juizes, permittido o *recurso extraordinario* quando se haja allegado insconstitucionalidade.

3. Justiça especifica, quando se funde a acção ou a defesa em razão de inconstitucionalidade de lei ou acto dos poderes publicos.

4. Instancia especifica, coincidindo ser a da Suprema Côrte.

5. Instancia especifca e Côrte especifica. Assim, a Austria e a Espanha.

O Tribunal constitucional especifico, distincto da Suprema Côrte, tém os seus defensores e os seus oppositores. Na Commissão da Assembléa Nacional de Weimar, HUGO PREUSS combateu-o, porque tirava ao juiz ordinario uma das suas mais importantes missões (*Protokolle*, 483, 484). E' pelo modelo austriaco H. STOLL, para quem[1] o pleno controlo judicial é o verdadeiro coroamento do Estado de Direito, devendo existir, "á semelhança dos Tribunaes administrativos que protegem contra as transgressões do Estado que administra, orgãos independentes que vigiem o Estado como legislador". Assim, tambem, NIPPERDEY[2]. F. ADLER não quer o modelo austriaco, nem, sequer, a concentração em instancia especifica: acha artificio; o direito de verificação judicial é *geral e homogeneo*[3].

A existencia de Tribunaes de ultima instancia especializados apresenta o inconveniente de só se exercer a actividade do juiz na integração de uma communidade juridica especial, quer no espaço (justiças locaes), quer na materia juridica (justiça commum, administrativa, militar). Dar-se-á a desintegralização, o pluralismo, que RUDOLF SMEND[4] não viu, por não ter levado em

---

1. H. STOLL, em *Jherings Jahrbücher*, vol. 76. ps. 200, 201; — *Juristische Wochenschrift*, 1926, p. 1.429 (pelo systema austriaco).

2. NIPPERDEY, *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, Berlin, 1930, vol. III, p. 187.

3. F. ADLER, *Verfassung und Richteramt*, em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. X (1930), p. 120.

4. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. Leipzig, 1928, p. 69 s.

conta que a addição das integrações parciaes, sem a integração geral, desintegraliza.

A differenciação da Côrte Suprema — em tribunal supremo e tribunal de garantias constitucionaes ou tribunal constitucional — sómente póde ter a seu favor o argumento de que, para as questões chamadas constitucionaes, não seria sufficiente o *criterio independente judicial*: seria preciso, por vezes, o *criterio independente neutral*, que escapa á simples sujeição ás leis. Instancia neutral, e não só instancia judicial.

A questão da competencia para o *judicial control*, no que concerne ao caracter do acto examinado, é susceptivel das seguintes soluções:

1. Exame especificamente judicial; quer dizer, quando os casos (*real, actual case*) fôrem, pelos meios judiciaes, como litigios, á Justiça.

2. Exame *in abstracto*, quando se allegue inconstitucionalidade da lei ou acto praticado pelos poderes publicos.

3. Exame *in abstracto*, não só dos actos praticados, como dos actos *in fieri*. A' technica constitucional dos nossos dias já não repugna a judicialidade do acto a vir. Certos estudos da logica immanente do Poder judiciario, influenciados pela rigidez da divisão tripartida dos poderes, concluiram pela necessariedade de serem *post eventum* o exame e, pois, a decisão judicial. Esqueceu a taes investigadores que o direito conhece acções, cujo fundamento não é o acto consummado, mas a ameaça, e de que, se os elaboradores das recentes constituições mantiveram, aqui e além, a rigorosa tripartição, não na têm, inicialmente, como absoluta.

CAPITULO V

CONCLUSÕES

No correr do livro fomos a marcar, a espaços, as conclusões a que chegavamos; pelo menos aquellas que immediatamente se nos impunham. Nunca perdemos de vista que o nosso thema é o thema do Nosso Tempo, o direito constitucional *que existe*. Por isto mesmo, além de objectivas, tinham todas de ser *actuaes*. Não falámos da forma melhor, da meta abstracta; apanhámos fios, ás vezes esquivos, de fins e formas concretas. Ainda têm de ser de igual feitio, adstrictas ao material que analysamos, ligadas ao presente, ou, quando muito, ao proximo futuro, as considerações com que remataremos o nosso estudo.

1. *Estructura do Estado*

De fóra, a estructura do Estado está evidentemente em transição. O direito internacional precisa e aperta os seus limites; accentúa deveres e direitos; procura prover-se de instrumentos efficazes de legislação e de applicação da lei. A idéa internacional scintilla em dois grandes fócos, que exames superficiaes ou extremados apontam como oppostos: Genebra - A Haya, de um

lado; do outro, a Internacional. Antitheticos é que, nos pontos de partida, poderiam ser; nos fins são identicos, se bem que de gráus differentes no Tempo. A synthese virá. Ora, não poderá ser no sentido de nova hostilidade á *ordem juridica* supraestatal. Pelo contrario, terá de fortalecer, com a sciencia e a technica occidental do direito das gentes, e com o halo vivificador do socialismo de todo o mundo, o esqueleto de ferro da maior construcção espiritual dos nossos dias, que é a da ordem juridica acima dos Estados.

Se nos retringimos ao assumpto deste livro, as seguintes proposições constituem roteiros immediatos: 1. Os preceitos constitucionaes que se referem aos principios do direito internacional commum são declaratorios (ps. 51-53). Cumpre escolher a redacção do teôr dos exemplos que vamos dar: *a*) "Os poderes publicos e os individuos são obrigados a respeitar os principios do direito internacional commum, a cuja declaração a presente Constituição junta o caracter de preceito constitucional"; *b*) "A Constituição reconhece os principios de direito internacional commum e considera-os, para os effeitos especificos, preceitos constitucionaes". 2. Na materia estricta dos tratados (senso material), é aconselhavel o systema das ratificações, da exigencia *formal* do exame pelos orgãos technicos e democraticos (ps. 61-64). Trata-se de regra, que se *induziu* da pratica dos Estados, regra de direito constitucional comparado, estranha ao direito das gentes. 3. Quanto ao art. 18 do Pacto da Sociedade das Nações, a melhor solução, na technica constitucional, é lê-lo como preceito geral, feito com o proposito de obice á diplomacia secreta, conforme ficou exposto (p. 65).

Por dentro, o Estado *precisa* erguer-se sobre pedra angular solida. A base democratica, preferivelmente *directa*, impõe-se. O poder estatal deve estar no povo,

dentro das raias de um fim typicamente social. O individualismo estabelece falsa democracia. Só o fim de bem collectivo, energicamente adoptado pelos espiritos, conforme suggestão da sciencia, póde dar a formula do problema tragico: a conciliação da auto-constituição e do auto-governo com a necessidade de attender ás indicações da sciencia. E' o drama occidental da Verdade e da Vontade, *la raison et le pouvoir du peuple.* Se o Estado democratico adopta *fim* e para alcançá-lo põe deante dos seus technicos as questões, reservando-se a opportunidade e a escolha dentro do plano constitucional, está resolvido, *actualmente,* o problema. Chegamos assim a concluir pela necessidade philosophica, sociologica, e não só technica, da rigidez das constituições, e pela imprescindibilidade epistemologica, politico-moral, e não só juridica, do *fim* ou *fins* precisos do Estado.

2. *As estructuras intraestataes*

Para a adopção de maior ou menor numero de elementos *unitarizantes* e de elementos descentralizantes não é possivel regra *in abstracto.* Cada povo, em cada momento da sua historia, arma problema novo. O que se póde, em geral, affirmar é que os povos, entre si e dentro de si, caminham para a unidade de direcção e de sentido, para a integração. Aqui, como a respeito das outras questões de elaboração constitucional, fazem-se mistér os *indicativos* da Sciencia e os *imperativos* da adhesão do povo, o binomio mental e moral do problema humano, extraordinariamente profundo: Sciencia + Escolha; Verdade + Vontade; *Raison* + + *Peuple.*

A' base das formas, a propria cellula organizatoria depende de condições espacio-temporaes, de circum-

stancias actuaes de cada povo. Certo, ha de guiar a todos os planos o mesmo ideal; as soluções têm de ser diversas, intrasladaveis de um Estado a outro Estado, sem o exame prévio e sem a auscultação do querer popular. De passagem digamos que o problema do municipio como entidade politica perdeu o sentido.

Passemos aos tres pontos capitaes: a tendencia ao Estado integral (coextensão estato-social), a technica da legislação e a tendencia á univocidade.

3. *Technica do Estado integral*

O Estado para o qual, *no sentido da evolução social*, caminhamos é o Estado integral, o Estado não só *civilizado*, technico, como tambem *cultural*, assegurador dos valores espirituaes, dos valores "permanentes" do Homem. Civilização sem Cultura é mergulho na materialidade, no mecanicismo, na machina (a machina só é grande a serviço da Idéa); Civilização e Cultura são a harmonia, o bem estar, a pujança, a liberdade e a disciplina do Eu, do Socius, no sentido do confôrto material e da floração do Espirito. Os bens materiaes são importantissimos; não o são menos os espirituaes. O Estado *precisa* poder dizer: — Aqui está o que eu te asseguro em troca do teu trabalho, o trabalho que eu tambem te asseguro: a felicidade material e a espiritual, o pão, a casa, a belleza e o livro. O Livro, por fim; porque o Livro é tudo mais: a Sciencia, a Arte, a Religião, a Moral, o Direito, o Ideal.

O Estado integral vae a todos os sectores sociaes; quer ser coextensivo á Sociedade. Parte das seguintes premissas: 1. Tudo que é social deve interessar ao Estado. 2. O Estado vale a somma dos valores de tudo que é social. Donde a conclusão: Nos Estados integraes, as

constituições hão de ser "sociaes", e não "politico-juridica".

4. *Technica da legislação*

Se limpamos de todos os incidentes e divagações o problema central da crise da legislatura, vemos que o grande erro da democracia representativa consistiu em ter a eleição como direito "do individuo" e permittir a escolha "só pessoal" (consequencia: desligação das Assembléas em relação ao povo, incentivo ás oligarchias). Transformou-se o corpo-*meio*, que seria e devia ser a Assembléa, em corpo-*fim*, não só susceptivel de vontade *contraria* á do povo, como aos interesses geraes. O outro erro foi o de crer que, satisfeita a exigencia da representatividade, estaria satisfeita a do *acerto* da regra juridica. (A Assembléa, tornando-se corpo-*fim*, escamoteou o binomio *Raison* + *Peuple*, Verdade + Vontade do Povo. Duplo furto.)

Ora, a meditação scientifica mostra que o primeiro erro tóca á technica da democracia, — tém, pois, de ser resolvido *dentro della*. O remedio contra a democracia imperfeita é a democracia melhor, ainda que se tenham de extirpar os pontos cancerosos. Como quer que seja, a lei precisa da *adhesão*, da realizabilidade politica com o minimo de emprego da força. (A realizabilidade da lei só confiada á violencia não póde ser duravel; e muito nos tocou que Joseph Petzoldt, o mais autorizado a falar no assumpto, nos approvasse as conclusões.) Portanto, urge corrigir a democracia representativa, ou corrigir-lhe os resultados, ou, o que seria melhor, corrigir a democracia representativa e corrigir-lhe os resultados.

O segundo erro liga-se á technica da distribuição dos poderes. Se é certo, e não ha duvida, que as Assem-

bléas, ainda as mais representativas, não offerecem garantia do acerto, da technicidade da lei, porque os eleitos não são technicos, se é certo que as escolhas de commissões, parlamentares ou extraparlamentares, provaram não serem sufficientes para assegurar a adopção das leis que devem ser votadas e impedir a de regras desaconselhadas ou reprovaveis, e se é certo que a lei com o só requisito da origem popular do orgão elaborador não basta, — o de que se precisa é corrrgir o systema de distribuição e o alcançar-se a *verdade* das normas de direito.

Seria injustiça ao nosso tempo — tempo fecundo, de Sciencia, de Reivindicações e de Amor do Homem — negar-lhe o grande esforço num e noutro sentido. Elle tém deante dos olhos, vivissimo, o magno problema: Verdade + Vontade. Que é que vemos nas Constituições recentes? Onde quer que seja, nos Estados democraticos e nos dois Estados menos democraticos, — o mesmo proposito da lei que *sirva*, da lei util ao homem e á vida social. Para isto, quebram-se os velhos moldes da separação de poderes. Por outro lado, refunde-se a democracia representativa. Para restituir á lei a sua espontaneidade democratica, cria-se a *iniciativa popular;* contra a qual o argumento mais forte é de uma fragilidade espantosa: o povo não tém capacidade para redigir o projecto de lei para o qual reclama a votação. Esquece aos que assim pensam: 1) que dentro do povo estão os proprios membros das Assembléas *e mais* aquelles que, interessados na technica da lei, pódem ser os inspiradores ou os redactores do projecto inicial: 2) que, dentro do povo, estão os Institutos technicos preoccupados com taes questões e, *por isto mesmo*, despreoccupados de lutas partidarias ou dos recursos normaes, ás vezes multiplicados, para a ascensão ás Assembléas; 3) que, deixada ao povo a possibilidade de iniciativa, em verda-

de se restitúe á formação da lei a espontaneidade que teve nos primordios e que ainda será a sua, no estado ultimo da evolução social, quando a actividade do Estado *fôr tão perfeita que se não sinta.*

Funcções legislativas, e não Poder legislativo. Um Poder que ordinariamente legisla, porém que não monopoliza a feitura da lei. Tal o que a Sociologia reclama e tal o que vemos, com alegria, realizar-se na vida hodierna. Na Alemanha e onde quer que a iniciativa popular e o referendum se implantaram, avulta o passo além na democratização dos processos de criar a regra juridica[1]. A's formas imperfeitas das Camaras legislativas omnipotentes, comtudo poderosas dentro de Constituições que lhes davam a exclusividade da funcção legislativa, vemos succederem-se as menos imperfeitas da lei elaborada pelo Poder legislativo, pelo povo e, na ausencia do Parlamento, pelo Executivo ou pelas Commissões parlamentares. Mais: a lei elaborada pelo Chefe de Estado ou pelo Governo e submetida, directamente, ao povo. E' evidente a evolução operada.

Cumpre, porém, cuidar do outro aspecto, o aspecto do outro termo do binomio, sem que se *proscreva* a necessidade da adhesão popular. Um dos processos que se deve aconselhar para a democratização e, ao mesmo tempo, para a espontanea formação da regra juridica é o de se permittirem projectos das Faculdades de Direito, Institutos scientificos e Federações profissionaes, ou de certo numero de technicos, bem como de todas as entidades de direito publico, *obrigando-se* (é o ponto principal) a Assembléa a incluí-los nos trabalhos do anno, ouvida a commissão respectiva como se fosse de um

1. Sobre o principio da democratização, *Introducção á Politica Scientifica*, Rio de Janeiro, 1924, pgs. 230-247.

deputado. O parecer teria de ser fundamentado e, durante a discussão, se facultaria a apresentação escripta de resposta ao parecer enviado, officialmente, aos autores do projecto. Innovação, porém de grandes vantagens. Outro processo é o seguinte: 1. O Chefe de Estado, ouvida a Côrte Suprema, e a Côrte Suprema, por iniciativa dos seus membros e maioria absoluta de votação, pódem, no caso de lacuna das leis, prover á integração do ordenamento juridico. 2. A Côrte Suprema, nos casos de contradicção das leis, de absurdos de technica, de interpretações multiplas, póde redigir a regra juridica. 3. A emenda na solução já adoptada só se applicará segundo as regras de entrada em vigor das leis e, quando a adopção anterior foi feita pela Côrte Suprema, depende de dois terços da votação desta.

Quanto á legislação constitucional e ordinaria, em geral, deve permittir-se o referendum, combinado com a iniciativa de leis por parte dos institutos technicos reconhecidos de direito publico (iriamos além — por parte de todas as associações com tal caracter, qualquer que seja o processo social a que correspondam), havendo o exame pela Assembléa e possivel contra-projecto que seria submettido á votação na mesma occasião. Assim, dotar-se-ia o Estado de apparelho que attenderia ás suggestões de varias leis sociologicas. A solução enquadra-se com o Estado integral, com a technização dos projectos, com a necessidade da discussão parlamentar, e ao mesmo tempo seria no sentido de substituir a espontaneidade á voluntariedade, a *nomocracia* á *oligarchia*, de decrescimento do despotismo (autoritarismo das assembléas) e de democratização das funcções legislativas.

O Estado contemporaneo reestructurou-se na Alemanha e na Italia, porém já existe uma "crise da reestructuração". Não se commenta na Italia, porque o Chefe

do governo resolve cada manifestação da crise pela *integração pessoal* e *funccional* radical. Na Alemanha, além do pluralismo a que já nos referimos, apontado por CARL SCHMITT, o prof. POPITZ chama a attenção para a polycracia[1] que se instituiu, algo que se substitúe á democracia: Reich, 17 paises, 65.000 communas e uniões de communas, 7.427 caixas de saúde, 116 corporações profissionaes, e assim por deante. Evidente a contradicção entre a democracia e a polycracia[2]; e sob tal contradicção é que se constituem as relações publicas alemãs. Daí os insistentes reclamos de "unidade".

A especialização dos *interesses* obriga a pensar-se polycraticamente. Mas seria substituir ao individualismo do individuo o individualismo das associações e corporações o distribuir-lhes todo o poder. O grupo não deve matar o individuo, nem a cidade, a villa, nem o municipio, a provincia, o Estado. A polycracia dos grupos tém de ser subordinada á democracia do Estado, como a autonomia do Municipio e das Provincias. Já a Alemanha soffre as consequencias de ser Estado corporativo impuro (*unechter Korporationsstaat*): só assegurou as corporações, não as soldou a si, como o Estado fascista. Mas poderão os outros Estados obter o *stato corporativo*? Não será elle producto autochtono, intransferivel aos outros Estados da Europa e, *a fortiori*, á America? Poder-se-á copiar a "rappresentanza organica"?

Nos Estados soviético e fascista o que logo resalta é a contradicção entre o principio democratico atomistico (individualismo+democracia) e a collaboração "de-

1. J. POPITZ. *Finanzausgleich*, Berlin, 1930, p. 5 s.

2. POPITZ, *Finanzpolitische Aufgaben*, em *Deutsche Juristen-Zeitung*, Berlin, 1931, p. 15.

liberativa" dos syndicatos. Dissemos deliberativa, porque a consultiva pura nada adeanta. Saber *até que ponto* o syndicalismo deve integrar-se no Estado constitúe o mais grave problema das constituições futuras. As experiencias, que se pódem analysar, são poucas: o Soviet, a Italia, a Alemanha... O que não permitte duvida é a necessidade de lhe dar, na reforma do Estado, o seu lugar. O syndicalismo de direito privado não resolve a questão; o de direito administrativo, tambem não; só o constitucional, que assegure o caracter de direito publico aos syndicatos ou grupos delles. E' o minimum. Satisfaz? E' demasiado vago. O Estado fascista foi além: deu aos syndicatos a formação da *primeira lista* dos deputados. Portanto, o lugar que se abriu para o syndicalismo foi quasi todo. O Grande Conselho fascista reduz á metade. O povo bate com a cabeça: "sim" ou "não". Aqui, neste mecanico sim ou não, está tudo que se deixou ao povo. Mas o povo, aí, ainda é o que "vota".

Fóra das soluções concretas, ha os que propõem duas camaras, uma representaria a democracia classica e outra o syndicalismo, e ha os que desejam uma só na qual haja representação das duas "épocas" (individualismo democratico+syndicalismo). Ambas desattendem a um ponto essencial: a materia sobre que as duas ou uma só das camaras vae deliberar. Facil de prevenir ou remediar no caso das duas camaras, seria difficil, se não impossivel, no de uma só. Admittida a bicameralidade, a technica constitucional teria de esmerar-se em *distinguir* e *separar* as competencias, porque o syndicato entende das questões economicas e não das questões de politica exterior, religiosas e de ensino superior ou, até, secundario.

Temos, pois, que a dualidade de camaras se impõe, com distribuição de materias em *competencia commum* e *competencias particulares*. Ambas deliberativas, e

não só consultivas. Impostos, successão pelo Estado, divisão compulsoria de terras, tudo isto é commum. Mas a dualidade sómente bastará se a camara democratica tivér representação dos outros processos sociaes. Outro problema. Nos paises em que os partidos se tornarem "corpos sociaes" e não só "politicos", enquadrando, arregimentando os individuos, segundo a sua concepção do universo, o seu ideal, a composição será relativamente facil. Nos outros extremamente difficil. Aqui, seriam de examinar-se as seguintes soluções: *a*) introduzir na camara democratica representantes das correntes religiosas, juridicas, ethnicas e culturaes da nação, que fizessem um só corpo com o elemento politico; *b*) exigir que os partidos se definam sobre a materia de cada processo social adaptativo, subordinando a isto a capacidade de representação; *c*) considerar consultivos os orgãos de cada um dos processos sociaes, e fazê-los funccionar junto á Camara ou aos governos. A outra solução — multiplicidade de camaras — complicaria o apparelho deliberativo e teria o inconveniente de reprovocar lutas em sectores sociaes sem a acção coordenadora da sociedade total.

Na Italia, criou-se em 1928 o Parlamento corporativo. Entendeu Mussolini (discurso no Senado, a 12 de maio) que era consequencia logica e natural do reconhecimento do syndicato como orgão de direito publico. Sem razão. De direito publico é o municipio e não se representa, necessariamente, nos Parlamentos. De direito publico são as corporações religiosas na Alemanha, e não elegem deputados. Certo, se os syndicatos são orgão de direito publico, não estão fóra do Estado, nem contra o Estado. Isto não quer dizer que o Parlamento tenha de constituir-se com elles. A originalidade do Estado fascista está em levar até a consequencia de formação parlamentar os caracteres de direito

publico dos syndicatos, e não em fazê-los de direito publico.

A Camara é eleita segundo processo gradual: os syndicatos propõem, o Grande Conselho designa, o povo approva. Levou-se em conta o povo, o que mostra não ser tão radical a ogeriza á democracia; mas a ratificação popular nenhuma margem lhe dá, apreciavel, de liberdade. Seria mais razoavel (Mussolini condemnaria como *mais liberal*) que os syndicatos designassem em grande lista, o Grande Conselho diminuisse ao duplo e o povo *escolhesse*. A designação deve ser *electiva*. Ao affirmar isto, não escondo as resalvas ao suffragio universal. De qualquer modo, a linha entre as duas soluções, a liberal classica e a fascista, seria melhor para o Brasil e outros paises.

O Parlamento italiano é de technicos, sem actuação governamental, passivo. Technica e passividade; assembléa de technicos, para servir a um partido.

A' idéa de democracia a Revolução francesa ligou a de governo do povo no sentido do *interesse geral*. A tendencia, hoje, é para assegurar interesses, que não são de todos, e sim de elementos representados insufficientemente protegidos. A representação do trabalho serve a isto. Ao mesmo tempo para corrigir os inconvenientes da representação indirecta. Donde o referendum. Dois problemas technicos: representação do trabalho, em si; democracia directa.

O primeiro póde ser resolvido pela ligação estatal das *corporações*. Facil solução em Estados cuja mentalidade se caracteriza pela tendencia *corporativa*, como a Alemanha. Mas difficil no Brasil, onde é escassa a corporatividade. A' formação social e intellectual brasileira, ao nosso caracter fracamente associativo, pouco assentaria uma *Genossenschaftstheorie*. Tratar-se-ia mais de criar o espirito corporativo, do que de estabilizar, em

larga escala, as corporações ou de reconhecer-lhes direitos politicos até o cimo da construcção.

5. *Technica do Estado univoco*

E' possivel realizar o fim do Estado individualista: o maximo de liberdade individual e o minimo de disciplina? Os factos mostram que não; o Estado individualista, *nos resultados*, é contra o individuo! Os bairros da miseria, a degeneração dos trabalhadores, a prostituição, o crime, — tal o quadro do Estado individualista. Quadro que deixou de ser motivo de romance e de predicas de beneficiencia para ser *problema de sciencia politica*.

Em vez de considerar a riqueza meio para fins, o capitalismo tornou-a fim. Fim individual. No fundo, está a concepção philosophica. Toda economia se liga a certa visão do mundo e da vida. Por isto grande razão tém WERNER SOMBART em dizer que o alto capitalismo é capitulo do "neues Geist", do novo espirito do tempo[1].

Para dar fim á economia, ha tambem a philosophia da fé christã[2], que, *applicada como negação do gozo material*, mataria o capitalismo. Infelizmente, não é possivel ordenar nas constituições: "os homens, todos, serão santos", como aquella constituição espanhola do anno 12: "todos los españoles serán buenos y benéficos". A santidade, disse ALFRED WERNER[3], é uma graça,

1. WERNER SOMBART, *Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus*, München, 1927, pag. 78 s.

2. Sobre este ponto, FRIEDRICH BRUNSTAD, *Eigengesetzlichkeit des Wirtschaftslebens*, Leipzig, 1925.

3. ALFRED WERNER, *Philosophie als Grundlage der Wirtschaftstheorie*, em *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 22, p. 291.

que raro acontece; de modo que não podemos satisfazer-nos com a só formalidade religiosa para orientar o nosso tempo.

Fóra das religiões occidentaes (não podemos cogitar de outras religiões, porque não teriam probabilidade de alastração immediata), existe o fim socialistico, que é o mais proximo dos factos, de LASSALLE e MARX a LENINE e ás feições que já apresenta no mundo, inclusive no fascismo (para o sociologo, uma theoria politica ha de ser julgada no que é, e não pelo que se diz ser). A critica inicial que lhe fizemos é a de reduzir a uma só as *causas* sociaes, de fazer unico o factor economico, de reduzir os outros processos sociaes a sub-processos ou a infraprocessos. A sciencia colheu o que ha de verdade no socialismo e incorporou á Sociologia.

Visão sociologica integral póde dar a economia como *meio* (e só *meio!*) para a valorização crescente do homem em todos os processos adaptativos[1]; para esse fim deve adoptar:

1. (Relativa) liberdade de producção.

2. (Relativa) igualdade de consumo.

3. Enriquecimento do Estado, para o levantamento do nivel de valor de cada habitante.

(Relativa) liberdade, (relativa) igualdade de consumo. Relativas, mas sómente por *motivos geraes* ou *intuitos de proveito geral.* No mais, conservam-se todas as conquistas da democracia, da liberdade e do direito.

Sómente linhas normativas homogêneas pódem dar *sentido* e *direcção* á actividade do Estado. Do contrario, é o cáos, ou, na melhor das hypotheses, a diversidade dos fins. Passo para um lado, passo para outro, passo para

1. Antes de WERNER, todas as nossas obras frisam este ponto.

frente, passo para trás. Estructuralmente, a multiplicidade de circulos autonomos, susceptiveis de contradicções, *pluralizando* a organização e difficultando a funcção integrativa do Estado.

O Estado contemporaneo deve caracterizar-se pela socialização progressiva, preoccupando-se, extremamente, com a *valorização intellectual, moral e physica do homem e das sociedades*, e não póde ser indifferente, como o Estado liberal, mas integrativo dos valores sociaes. Tal finalidade suppõe: *a*) crescente augmento dos bens attribuidos á propriedade e ao interesse collectivos; *b*) estabelecimento immediato da escola unica, absolutamente gratuita, com a verificação das aptidões, a orientação e a selecção; *c*) eugenia, prophylaxia e medicina progressivamente socializadas; *d*) a formação das bibliothecas modernas, dos laboratorios e centros de investigação como dever ininfringivel do Estado; *e*) liberdade das religiões, caracter de direito publico conferido ás corporações religiosas e philosophicas, desde que aceitem as proposições insertas nesta enumeração dos fins do Estado e estejam prontos a collaborar na realização desses fins; *f*) direito de greve em quanto as duas alas (capital, trabalho) não tiverem estabelecido o meio efficaz, pelos menos paritario, de solução dos problemas de interesse do trabalho; *g*) possibilidade de alterar o Estado o contracto de trabalho no sentido do interesse da collectividade.

Em vez de *proletarização* das classes não-proletarias, — *desproletarização* das classes proletarias e *socialização progressiva dos meios de producção*. A propriedade individual como funcção social (expressão de José Bonifacio), limitavel, em todos os sentidos, pelo interesse geral.

Não nos servem as soluções russa e italiana. A russa, porque suppõe sacrificios enormes de vida e de acqui-

sições em qualquer Estado onde as circumstancias não sejam as da Russia, porque é unilateral (monoidéica), se bem que rume para maior interesse pelos outros processos adaptativos e porque, na maioria dos Estados, *depende* da transformação dos Estados vizinhos, ou actuantes, empenhados no combate ao regime soviético. Analyse epistemologica e sociologica do Estado fascista mostra-nos o seguinte: 1. O caracter biosocial do Estado revela a *organicidade* da doutrina politica, indiscutivelmente notavel, mas sem integrá-la em concepção nitida do Universo. 2. A attribuição do poder estatal ao proprio Estado (modificação *vivida* da theoria de JELLINEK) denuncia o constitucionalismo monarchico, conceitualmente contraditorio. 3. O corporativismo italiano é historico, alogico; portanto, bem para a Italia, poderá ser artificial, nocivo, para outros Estados.

O dilemma, para os Estados do Seculo XX, está na formula: Communismo ou Socialismo. Ou o communismo, quer em golpe violento, quer através de verdadeiras curvas no tempo[1], ou a socialização progressiva, scientifica, technica, em que se alliem methodo objectivo, seguro, e prudencia. Vimos que o problema da producção e da distribuição não esgota a questão de hoje. Além das exigencias eudemonicas, existem outras, ligadas ao individuo, aos grupos e ao proprio Estado em seus destinos. Do estudo que fizemos é possivel concluir que a *mais acertada* solução para os Estados dos nossos dias, onde as condições sociaes não apontem, claramente, estructuras peculiares, é a seguinte, — intermedia entre o pluralismo alemão e o unipartidarismo russo ou ita-

1. O Estado parte, como o Estado fascista, do presente e sinuosamente desce a camadas do passado e leva a curva muito adeante, ás soluções mais avançadas.

liano: 1. Estado tendente a Estado integral. 2. Estado recolhedor das experiencias e das acquisições, scientificamente verificadas, do Estado demoliberal. 3. Estado que seja preciso na distincção entre acto normativo, executivo e judicante, porém sem a superstição da separação dos poderes. 4. Internacionalista, sob o ponto de vista *juridico* supranacional (subordinado ao direito internacional, á distribuição internacional das competencias e á Justiça internacional); *nacionalista*, na sua politica e no seu direito substancial. 5. *Principalmente*, — efficiente, pela possibilidade de *sentido*, de univocidade, na sua politica e nas outras actividades sociaes.

O coração do direito constitucional de hoje é o *direito á subsistencia* e á *educação*. Se ha trabalho, a elle *tém direito* o individuo e *deve* trabalhar: correlatividade perfeitamente *juridica;* principio socialista que penetra, harmonico, no Direito. Se o Estado não aponta o trabalho, *deve* o sustento, a casa, a roupa, a hygiene, o Livro, a Vida. Estado que não póde realizar isto, *ou* não merece ser Estado, *ou* não tém no governo os homens que precisava ter.

As constituições do Seculo XX que não *assegurem*, como *direito irreductivel*, o direito á subsistencia e á educação, serão folhas tenues de papel por sobre os Povos: a primeira lufada as rompe, a primeira crise as reduz a poeira.

O problema apparece com todas as suas arestas tragicas e com toda a sua magnifica humanidade: Decifra-me, ou eu te devoro.

INDICE DOS AUTORES

INDICE DOS AUTORES

A

Ablass, 399.
Adamovich, 377.
Adickes, 331.
Adler, F., 402, 405.
Adler, Max, 98, 99.
Anschütz, Gerhard, 55, 67, 197, 206, 272, 293, 331, 343, 344, 382, 400, 351.
Anzilotti, 59, 60, 65.
Arndt, 197, 394, 395.
Austin, 44.

B

Basdevant, 61.
Bauer, Otto, 99.
Bebel, 99.
Benoist, Charles, 359.
Bergbohm, H., 182.
Berthelemy, H., 188.
von Bieberstein, 20.
Lord Birkenhead, 44.
Bittner, 60.
Bluntschli, 59.
De Bonald, 82.
Bonifacio, José, 381.
Borel, E., 170, 192.
Bornemann, 309.
Bornhak, 17.
Borsi, 335.
Bortolotto, Guido, I, 231.
Bossuet, 82.
Bötticher, 394.
Brie, 135.
Brunet, 138.
Brunstad, Friedrich, 420.
Bucharin, I, 225.
Bülow, 330, 331.
Butler, N. M., 165.
Bynkerskoeck, 63, 40.

C

Cajetan, 40.
Calhoun, 158, 170.
v. Campe, 309.
Carré de Malberg, 394.
Cathrein, Victor, 389, 390.
Cavaglieri, 60, 65.
Cicero, 40.
Costin, 382.
Cunow, Heinrich, 99.

D

Darwin, 373.
Descartes, 104.
De Maistre, 82.
Duguit, 359, 381.
Duprat, 263.
Durdenevski, 194.

E

Ehrlich, Eugen, 330, 331.
Engels, 98.
Erdmanndörffer, 309.
Eynem, E. v., 309.

F

Fauchille, 59.
Finger, 67.
Fleiner, Fritz, 165, 214, 3776.
Frei, Ernst, 309.
Freyer, H., 14.
Freytagh-Loringhoven, 378.
Friedmann, Alfred, 399.

G

Garçon, E., 92, 93.
Gerland, 309.
Geny, F., 330.
Gierke, 171, 389.
Giese, F., 64, 67, 197, 207, 343, 351, 393.
Gneist, R., 226, 4402.
Goichbarg, 91.
Goldschmidt, 390, 395.
Graf zu Dohna, 399.
Grafton Wilson, G., 42.
Grau, R., 343.
Grotius, 59.
Heile, 309.
Hein, 309.
Heller, H., 20, 22, 23, 96, 175.
Hellwig, H., 331.
Hemburger, Karl, 310.
Henner, Karl, 99.
Hermann, Isay, 20.
Herrfahrt, H., 344, 385,
Herrnritt, 26.
Heuss, 309.
Heymann, 309.
Hilferding, Karl, 99.
Hippel, 309.
Hoffmann, E. H., 351.
D'Hondt, 309.
Hubrich, E., 334.
Hugo, 330.
Hühler, 351.

J

Jacobi, 197, 333, 344.
Jahrreiss, H., 20.
Jellinek, G., 34, 35, 38, 137, 149, 158, 163, 171, 321, 372, 376, 390, 422.
Jellinek, Walter, 19, 20, 197, 309, 376, 390.
von Jhering, 34, 35, 37.
Jung, Erich, 181, 330, 331.

K

Klöcker, 309.
Klüber, 59.
Koellreutter, O., 246, 309, 351.
Kohler, Josef, 34.
Krabbe, 71.
Krapotkine, 262.
Krejci, J., 377.
Kuenzer, R., 310.
Külz ,400.
Kunz, J. L., 146, 147, 151, 152, 154, 176.

L

La Tour du Pin, 301.
Laband, 135, 136, 157, 171.
Laski, Harold, 386.
Lassalle, 99, 420.
Le Fur, 160, 170, 171, 198.
Le Play, 301.
Leibholtz, 379.
Leibniz, 40.
Leisegang, 287, 288.
Lemmer, 309.
Lemire, 359.
Lenine, 420.
Leonardo da Vinci, 157.
List, 263, 265.
Litt, 317.
Loewenstein, Karl, 343, 344.
Lukas, J., 340.

M

Mably, 59, 63.
Magerovski, 225.
Maignen, Maurice, 301.
de Maistre, 82.
Malitzky, 391.
Malthus, 310.
Marsilio da Padova, 320.
de Martens, 59.
Marx, Karl, 98, 310, 288, 263, 289, 390, 420.
Mende, 400.
Menger, 300, 380.
Menzel, 17.
Mérignhac, 59.
Merkl, Adolf, 19, 21, 394.
Meyer, Georg, 390.
Mirkine-Guetzévitch, 30, 57, 95, 176, 188, 195, 196.
Mokre, Hans, 26.
Mommsen, 309.
Montesquieu, 320, 322, 327, 328, 331, 347, 370, 372, 373, 400.
Morstein Marx, 402.
Möser, J., 330.
Mouskheli, M., 172, 185.
Müller, Adam, 265.
Mussolini, 291, 272, 293, 300, 311.

N

Naumann, 374.
Nawiasky, H., 38, 39, 176, 177, 318, 344.
Nipperdey, 405.
Nicola da Cusa, 320.

P

Pannovitch, Z., 382.
Petzoldt, Joseph, 411.
Pfister, 309.
Phillimore, 59.
Piloty, R., 224.
Du Pin, 301.
Pletnef, 194.
Poetzsch-Heffter, 66, 67, 197, 296, 334, 343, 351.
Pohl, 351.

Pontes de Miranda, 27, 34, 92. 115, 124, 160, 162, 167, 245, 249, 263, 285, 287, 330, 331, 337, 397.
Popitz, J., 415.
Preuss, H., 55, 341, 351, 405.
Proudhon, 381.
Puchta, 330.
Pufendorf, 40, 59.

Q

Quesnay, 310.

R

Radulescu, Andrei, 383.
Rocco, 292.
Röder, Adam, 309.
Rousseau, Charles, 45, 322. 327, 328, 372, 381, 388.

S

Sabini, 336.
Saint-Simon, 381.
Saltelli, 335.
Sander, Fritz, 20, 21.
Santi Romano, 335, 336.
Savigny, 330.
Scelle, 138.
Schauff, Johannes, 313.
Schiffer, 195.
Schlegelberger, F., 195.
Schmidt, Richard, 309.
Schmitt, Carl, 23, 25, 26, 113, 197, 207, 223, 232, 254, 344, 345, 345, 351, 375, 379, 386, 400, 415.
Schoen, 334.
Schultze, 402.
Seidel, 158, 170, 177.
Seneca, 40.
von Seydel, Max, 17.
Simmel, 316.
Simons, Walter, 400.
Smend, R., 163, 166, 286, 317, 344, 400, 405.
Smith, Adam, 265, 310.
Sombart, Werner, 261, 310, 419.
Sorel, 291.
Spann, Othmar, 261, 263, 265, 281.
Spinoza, 33.
Spiropulos, 44.
Spranger, E., 241.
Stammler, 331.
Steiner, R., 281.
Sternberg, Theodor, 331.
Stier-Somlo, 147, 197, 331.
Stirner, 262.
Stoll, H., 405.
Stutchka, 94.
Suarez, 40.
Swoboda, 378.

T

Taine, 263.
Tatarin-Tarnheyden, 232, 233.
Thoma, 309, 351, 365, 375.
Thomasius, C., 40.
Thünen, 263.
Timaschev, 194.
Tittoni, 65.
Tocqueville, 109, 169.
Triepel, 67, 117, 118, 181, 331, 390, 395, 399.

V

Vattel, 59.
Verdross, A., 20, 22, 50, 61, 43, 44, 71, 72, 146, 147, 152, 154.
Victoria, Francisco de, 40.

W

Waitz, 169.
Walter Henrich, 21.
Waltzendorff, 375.
Walz, G. A., 21, 49.
Warren, Charles, 395.
Weber, 195, 310, 345.
Wenzel, Max, 38, 39, 67, 197.
Werner, Alfred, 419, 420.
Weyr, 378.
Wheaton, 59.
Wicquefort, 59.
Wittmayer, L., 50, 286, 346.
Wolff, Christiano, 40.
Wolff, Karl, 20.
Wolff, M. J., 309, 382.
Würm, 59.

Z

Zitelmann, 104, 181, 331.
Zouch, 40.

Composto e impresso nas Officinas Graphicas "Alba"
Moreira, Cardoso & Freitas, Ltda.
Rua do Lavradio, 60 —:— Rio de Janeiro